



Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito

Livre Apreciação da Prova e a Prudente Convicção do Juiz

Natália Lopes Gonçalves

Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialização em Ciências Jurídico – Forenses

Orientador:

Professor Doutor José Luís Bonifácio Ramos

2019

Dedicatória:

Ao meu pai que me proporcionou a realização deste sonho,
Ao meu marido que me deu sempre o “empurrão” que eu precisava,
E à Mariana pelo incansável apoio e motivação.

Resumo

Livre apreciação de prova e a prudente convicção do juiz é uma dissertação que pretende perceber como se processa a valoração da prova livremente apreciada pelo juiz e em que medida é formada a convicção do juiz, cabendo perceber o que o texto da lei pretende dizer com a palavra “convicção”.

Para tal, torna-se necessário perceber como se realiza o processo decisório do juiz, recorrendo à teoria da coerência entre proposições e à teoria da correspondência entre preposições para aferir qual a mais adequada a atingir uma decisão que não se encontre ferida de subjetividade.

Portanto, também se torna necessário abordar o dever de fundamentação, bem como o grau de fundamentação que as decisões jurisprudenciais devem ter, transportando o mesmo raciocínio para a valoração da prova livremente apreciada pelo juiz.

No que concerne à prudente convicção, iremos perceber o que a lei pretende com prudente e na nossa opinião como deverá ser entendida essa expressão, para a lei e para o Direito.

Iremos ainda perceber o processo de formação da convicção do juízo e os limites que a convicção deve acarretar.

Para que seja possível proceder a toda esta análise torna-se importante determinar os princípios importantes para o tema em questão. Iremos também verificar o objeto da prova e que tipos de factos são objeto de prova a fim de determinar quais os importantes para o tema.

Pelo que, posteriormente iremos ver a prova legal e contrapô-la à prova livre, que é o objeto do tema, portanto será mais aprofundado.

Iremos também falar nas conotações de verdade que existem no direito, para a final, percebermos que verdade se atinge nas decisões jurisprudenciais em que impera a prova livremente apreciada pelo juiz e em que medida a convicção do juiz foi prudente ou se suplantou a prudência e imperou na decisão, tornando-se subjetiva, no lugar de objetiva que é o que se pretende de uma decisão jurisprudencial para que seja oponível a terceiros e objeto de recurso.

Abstract

Free appreciation of evidence and prudent conviction of the judge is a dissertation that pretend to understand how the valuation of evidence freely appreciated by the judge is processed, and yo what extend the conviction of the judge is formed, so to do that it it necessary to understand what the texto of the law means by the word “conviction”.

To do this, it is necessary to understand how it works the process of the decision-makinf of the judge. The judge can use the coherence theory between propositions and the correspondence theory between propositions to determinate which one is the more adequated to reach a non subjective decision.

Therefore, it is salso necessary to address the obligation and the degree of reasoning that a decision must have, and we want to carrie that reasoning to the valuation of evidence freely appreciated by the judge.

About prudent conviction of the judge, we want to understand what the law means by prudence, and, in our oponion how this expression shoul be understood, for the law and the study of the law.

We also want to understand the process of forming the conviction of the judgment and the limits that conviction must have.

In order to be able to carry out all this analysis it is important to determinate the impotent principles of the subjetc in question. We will also verificate the object of proof and the types of facts that are object of proof to determinate which are important do the study.

Therefore, we will see the legal proof and countreact to the free proof, which is the object of the theme so it is going to be extensively explored.

We will also talk about the connotations of truth that exist in law, for in the final of the dissertation we be able to determinate which truth we reache in the jurisprudential decision where

the evidence are freely appreciated by the judge, and to what extent the conviction of the judge was prudent or the decision was simply subjective by his opinion of the case, rather than objective which is the purpose of the jurisprudential decision so it could be able to be accepted by the population and to be object of appeal.

Livre apreciação de prova; Prudente convicção do juiz; Teoria da coerência; Teoria da correspondência; Dever de fundamentação.

Free appreciation of proof; Prudent conviction of the judge; Coherence theory; Correspondence theory; Duty to state reasons.

Introdução

O presente trabalho versa sobretudo sobre a livre apreciação de prova e a prudente convicção do juiz. Para tal, iremos fazer uma breve abordagem sobre os princípios atinentes à livre apreciação de prova, e ao sistema de prova que existe no nosso ordenamento para percebermos o enquadramento da livre apreciação da mesma

Iremos também abordar as aceções de prova, o objeto de prova e os tipos de prova existentes no nosso ordenamento jurídico e a sua importância no estudo vertente. Ainda dentro do capítulo da prova, iremos abordar a evolução histórica da prova legal e da prova livre e verificaremos a repercussão que a prova livre tem a nível processual, demonstrando a sua importância para o nosso estudo.

Posteriormente iremos referir as conotações de verdade no direito, dado que a verdade não é absoluta, e aprofundar um pouco a verdade material e a verdade formal no que concerne à teoria do paralelismo de funções e da teoria da dualidade de funções.

De seguida, iremos nos debruçar sobre o valor probatório dos meios de prova, proposições factuais e da rede proposicional para que então seja possível percebermos a livre apreciação de prova.

Ulteriormente iremos abordar três teorias do processo de forma a aprofundar o tema e percebermos como é realizado o processo decisório do juiz, de forma a compreendermos como é formada a convicção do juiz. Portanto iremos explicar a teoria da coerência e a teoria da correspondência, verificar os argumentos a favor e contra cada uma das teorias para que seja possível tomarmos uma posição quanto qual é mais adequada para se alcançar a verdade (anteriormente ficará estabelecida que tipo de verdade se pretende alcançar) na decisão jurisprudencial.

Posteriormente iremos então ver o que o código atual nos diz quanto à convicção do juiz e que definição encontramos na doutrina. Também será importante verificar quais os limites impostos à convicção e qual o papel que a prova tem na mesma, para que possa identificar que convicção entendemos que deverá resultar da atividade processual, bem como, como deve ser vista a convicção no Direito, na livre apreciação de prova e no texto da lei.

Chegados aqui, será o momento de versar sobre a fundamentação do juiz, uma vez que o juiz é um ser condicionado pela sua origem, crenças, impressões, educação, modo de encarar a vida, e portanto, todos estes fatores irão formar uma decisão à imagem do juiz, por isso é necessário

que este fundamente todas as decisões tomadas, menos as efetuadas por mero expediente, de forma a “convencer” o destinatário e terceiros de que aquela foi a melhor decisão, para que as partes e a população em geral possam aderir à sua decisão e a aceitem como justa. Portanto, é necessário perceber, na livre apreciação de prova, qual a função da fundamentação, qual o dever de fundamentação que decorre da lei e da jurisprudência, bem como, o grau de fundamentação que as decisões jurisprudenciais deverão carregar.

E por último, iremos perceber qual a decisão jurisprudencial que resulta da atividade probatória sujeita à livre apreciação de prova.

Princípios estruturantes da prova

Princípio do dispositivo

Durante o século XIX, a cabo do pensamento liberal, dominava a conceção de que se encontrava no arbítrio das partes dispor do processo, na medida em que era lítico às partes “dispor da relação jurídica material”¹, pois era às partes que cabia a prossecução dos seus interesses, dado serem elas quem iniciavam o processo, delimitavam o objeto e em última instância, delimitavam a sentença através dos factos e provas que carream o processo.

Ora, atualmente, o princípio do dispositivo já não reside apenas na vontade das partes em dispor do processo, reinando antes a conceção de que, para se alcançar a verdade é necessário atribuir mais poderes ao juiz, exigindo-se uma cooperação entre o tribunal e as partes, ao juiz cabe a gestão processual².

“O princípio do dispositivo é a tradução processual do princípio constitucional do direito à propriedade privada e da autonomia da vontade”³, encontrando-se no Código de Processo Civil, é possível verificar a existência do princípio do dispositivo em vários artigos, sendo a sua expressão máxima o artigo 5º, onde é possível verificarmos que a responsabilidade do processo cabe tanto às partes como ao Juiz. É às partes que cabe a alegação dos factos principais da causa de pedir e dos factos em que se baseiam as exceções alegadas. E é ao juiz que cabe a consideração dos factos instrumentais que resultam da fase instrutória, os factos que completam e concretizam as alegações das partes, na instrução e os factos notórios, bem como, os que o tribunal tem conhecimento através do exercício das suas funções, portanto, logo aqui verifica-se o papel de cooperação entre juiz e partes.

O n.º 1 do artigo 3º do CPC também estatui que o juiz só pode decidir quanto ao que é pedido pelas partes, embora tenha liberdade na aplicação das regras de direito, não estando limitado às alegadas pelas partes.

¹ Freitas, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 3ª ed. 2013, p. 155 e 156.

² Freitas, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 3ª ed., 2013, p. 155 e 156.

³ Gouveia, Mariana França, *O princípio do dispositivo e a alegação de factos em Processo Civil*, in <http://www.oa.pt/upl/%7Bede93150-b3ab-4e3d-baa3-34dd7e85a6ef%7D.pdf>, p. 602 consultado em 10/2019.

É ainda possível verificarmos o princípio do dispositivo na alínea d) e e) do n.º 1 do artigo 615º do CPC, o qual reafirma a obrigação do juiz apenas se pronunciar quanto às questões suscitadas pelas partes sendo nula qualquer decisão que conheça de questões diferentes das suscitadas pelas partes ou condene em objeto diferente do pedido.

Portanto, podemos definir o princípio do dispositivo como um princípio ao qual subjaz um litígio de direito privado. Quer isto dizer que atua em conflitos entre interesses privados, em que o objeto da causa reside no direito privado e a sua função é garantir os direitos e interesses que são tutelados pelas normas de direito privado⁴, portanto, o interesse público retrata-se na correta aplicação do Direito, estando a sua decisão limitada ao objeto determinado pelas partes. Ou seja, são as partes que propõem a ação delimitando o objeto do mesmo, causa de pedir, pedidos e exceções perentórias, bem como, o termo do mesmo, quando decidem pela transação⁵. Tudo isto irá limitar a decisão do juiz, na medida em que ele só pode decidir mediante o que foi pedido pelas partes.

Portanto, é um princípio que traduz a iniciativa privada, no entanto, dentro do direito privado, existem áreas do direito que estão na disponibilidade das partes e áreas que não estão na disponibilidade das partes, como é o caso do direito da família, que se trata de um direito indisponível. Portanto, quanto aos direitos que se encontram na disponibilidade das partes, domina o princípio da autonomia da vontade⁶.

Dentro do princípio do dispositivo, distinguem-se outros dois princípios processuais. O princípio do dispositivo *stricto sensu* e o princípio da controvérsia.

O princípio do dispositivo *stricto sensu*⁷ é a liberdade que as partes dispõem em instaurar o processo determinando o seu objeto, conformando o mesmo com as partes e, de determinarem sobre a sua suspensão e o seu termo, ou seja, a disponibilidade da tutela jurisdicional. Esta, pode traduzir-se na disponibilidade da instância em si, ou seja, início, termo e suspensão ou, na disponibilidade da conformação da instância, ou seja, disponibilidade do objeto e das partes.

⁴ Freitas, José Lebre de, Introdução ao Processo Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 3ª ed., 2013, p. 155.

⁵ Gouveia, Mariana França, *O princípio do dispositivo e a alegação de factos em Processo Civil*, in <http://www.oa.pt/upl/%7Bede93150-b3ab-4e3d-baa3-34dd7e85a6ef%7D.pdf>, p. 602; e Freitas, José Lebre de, Introdução ao Processo Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 3ª ed., 2013, p.156-157.

⁶ Freitas, José Lebre de, Introdução ao Processo Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 3ª ed., 2013, p. 155.

⁷ Freitas, José Lebre de, Introdução ao Processo Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 3ª ed., 2013, p.156-157.

Quanto ao princípio da controvérsia⁸, as partes têm liberdade para alegar os factos que irão servir de fundamento à decisão do juiz, têm ainda a liberdade de acordar em dar factos como assentes e, em certa medida, as partes tem iniciativa da prova dos factos que foram controvertidos, portanto, de certa forma, podemos dizer que as partes são responsáveis pela matéria de facto.

Ou seja, o princípio do dispositivo tem como características principais o facto de a instauração do processo estar na disponibilidade das partes, a fixação do objeto ser da responsabilidade das partes, tal como o seu termo. Ao juiz cabe a decisão do litígio estando limitado ao pedido das partes, portanto é um princípio essencialmente virado para as partes do litígio e “traduz o respeito pela liberdade, pela iniciativa privada”⁹.

É um princípio importante para o presente estudo, visto que as provas levadas a processo, pelas partes, irão formar a convicção do juiz e ele apenas pode decidir dentro do material de prova apresentado. Em última instância, podemos dizer que são as partes que decidem, quando fornecem as provas ao processo.

No entanto, quanto às provas livremente apreciadas pelo Juiz, embora sejam as partes que as fornecem ao processo, é o juiz que as valora, sendo essa decisão de valoração completamente alheia às partes. É aqui que reside a importância do princípio do dispositivo no presente estudo, pois o que pretendemos verificar é o modo como é realizada a formação da convicção do juiz, nas provas livremente apreciadas pelo mesmo.

Princípio do inquisitório

Este princípio, encontra-se consagrado no artigo 411º do Código de Processo Civil, e traduz-se na faculdade do juiz em realizar ou ordenar todas as diligências que tome por necessárias à descoberta da verdade e à justa composição do litígio, embora apenas quanto aos factos em que seja lítico o seu conhecimento. Ou seja, este princípio representa as principais limitações ao princípio do dispositivo. Uma vez que o princípio do dispositivo está relacionado com as partes, o

⁸ Freitas, José Lebre de, Introdução ao Processo Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 3ª ed., 2013, p.157

⁹Gouveia, Mariana França, *O princípio do dispositivo e a alegação de factos em Processo Civil*, in <http://www.oa.pt/upl/%7Bede93150-b3ab-4e3d-baa3-34dd7e85a6ef%7D.pdf>, p. 603

princípio do inquisitório¹⁰ está na disponibilidade do julgador, é, portanto, o contraposto do princípio do dispositivo.

Este princípio confere ao Juiz o poder inquisitório e o poder de iniciativa instrutória.

O juiz pode exercer o poder inquisitório quanto a qualquer facto que pertença ao processo, podendo ser um facto essencial, complementar ou concretizador, independentemente a que parte caiba a alegação desse facto. O objetivo é a descoberta da verdade, sendo esta a génese de qualquer processo.

O juiz tem ainda a faculdade de iniciativa instrutória, ou seja, o ónus da iniciativa de prova. Contudo, não é uma prática corrente, já que a generalidade das provas é requerida pelas partes aquando da apresentação dos articulados. No entanto, o juiz pode ordenar oficiosamente diversas diligências de instrução. É o caso da utilização de dados confidenciais (artigo 418º, n.º 1 do Código Civil); da requisição de documentos (artigo 436º n.º 1 do Código Civil); de determinar o depoimento de parte (artigo 452º n.º 1 do Código Civil); de ordenar a realização de prova pericial (artigo 477º e 487º, n.º 2 ambos dos Código Civil); de realizar inspeção judicial (artigo 490º, n.º 1 do Código Civil); de inquirir testemunhas no local da questão (artigo 501º do Código Civil); de ordenar a notificação e inquirir pessoa não oferecida como testemunha (artigo 526º n.º 1 do Código Civil); de ouvir as pessoas que entender e ordenar as diligências para o seu esclarecimento; de ordenar a verificações judiciais não qualificadas (artigo 494º do Código Civil); de ouvir o técnico designado em qualquer momento, antes das alegações orais (artigo 604º, n.º 7 do Código Civil). Portanto, como verificamos, o juiz ainda tem alguns poderes inquisitórios, embora alguns dos atos enunciados sejam típicos de gestão processual¹¹.

Este princípio tem como principal característica a descoberta da verdade concretizando-a através do poder inquisitório do juiz e na sua faculdade de iniciativa instrutória.

Verificamos que este princípio fornece alguns poderes ao juiz, na medida em que o permite ordenar oficiosamente a junção de material de prova, complementar ao existente, para formar uma convicção quanto à decisão a tomar, tendo em vista atingir a verdade material. Portanto a

¹⁰ Almeida, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Vol. I Coimbra, Edições Almedina, 2ª Edição, 2018, p. 85 a 90.

¹¹ Almeida, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Vol. I Coimbra, Edições Almedina, 2ª Edição, 2018, p. 90

importância deste princípio reside precisamente na influência que o juiz poderá ter no material probatório tido como provado e em última instância na decisão final.

Princípio da livre apreciação de prova

O princípio sobre o qual vamos agora refletir, e que se torna o princípio essencial do objeto do presente estudo reporta-se essencialmente à apreciação da matéria de facto.

Atualmente, as regras legais de apreciação de provas estão ligadas aos princípios em que se concretizam o direito probatório, pelo que, já não faz sentido defini-lo como um sistema sem regras legais de apreciação das provas.

Contudo, o princípio da livre apreciação de prova¹² não pode ser arbitrário. Pois, se a prova é discricionária então é imperioso que tenha limites e estes não podem ser licitamente ultrapassados, assim, podermos dizer que a liberdade de prova é uma “liberdade subordinada ou condicionada a um dever”¹³. Dever esse, que pretende alcançar a verdade material e não a verdade meramente formal. Assim, a apreciação da prova deverá ser reconduzível a critérios objetivos para que assim seja suscetível de motivação e controlo. FERREIRA DE ALMEIDA¹⁴ defende que o juiz deve elencar as razões da sua convicção, especificando os fundamentos que formaram a sua convicção e analisando a prova de uma forma crítica, para que seja compreendido pelas partes e terceiros a posição do juiz quanto ao litígio (artigo 607, n.º 4 do Código de Processo Civil), pois só assim a decisão do julgador será transparente, passível de controlo e impugnável. O autor ainda defende que não é exigível que sobre os factos alegados pelas partes, o julgador, forme uma convicção absoluta, bastando que haja uma probabilidade razoável que poderá ser obtida através de presunções judiciais (artigo 349º e artigo 351º ambos do Código Civil). Podemos entender

¹² Almeida, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Vol. I Coimbra, Edições Almedina, 2ª Edição, 2018, p. 108 a 110; Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal II*, 4ª Edição, editorial Verbo, 2008, p. 150; Andrade, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1979 p. 356 a 357; Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, Coimbra, Coimbra Editora 2004, p. 202 e 203.

¹³ Andrade, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1979 pp. 356-357 *apud* Almeida, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Vol. I Coimbra, Edições Almedina, 2ª Edição, 2018, p. 108 a 110.

¹⁴ Almeida, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Vol. I Coimbra, Edições Almedina, 2ª Edição, 2018, p. 110.

assim, visto que o juiz tem de fundamentar criticamente a sua decisão, para que a mesma possa ser oponível a terceiros, portanto, é possível verificarmos as razões pelas quais o juiz não formou uma convicção absoluta, mas apenas uma convicção bastante. De facto, apenas assim é possível as partes impugnarem a decisão tomada pelo juiz. Ou seja, a decisão não pode ser subjetiva, os argumentos do juiz têm de ser objetivos para que possam ser oponíveis e sujeitos a impugnação.

Deste modo, aceitamos que a livre apreciação de prova é discricionária¹⁵, logo tem limites, portanto, a violação desses limites será matéria de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça por se tratar de matéria de “direito”.

Portanto, num sistema misto como o nosso, o princípio da livre apreciação de prova constitui “um voto de confiança no crescimento e desenvolvimento da judicatura”¹⁶, pelo que se torna necessário verificarmos e fiscalizarmos se esse voto de confiança contribui para os fins pretendidos.

Assim, podemos dizer que a livre apreciação de prova constitui um dever do julgador, tratando-se de uma obrigação na aplicação da justiça, sendo possível formar uma convicção pessoal da verdade dos factos, desde que assente em regras de lógica e experiência, objetiva e comunicacional¹⁷.

Por fim, o princípio da livre apreciação de prova relaciona-se intimamente com o princípio da continuidade da audiência¹⁸ ou da concentração, e com os princípios da oralidade e da imediação da prova. Concretamente, o princípio da continuidade da audiência assume-se como um verdadeiro princípio instrumental afim de permitir, materialmente, a livre apreciação da prova. Pois, uma distância temporal excessiva entre os diversos atos em que se reparte uma audiência de discussão e julgamento, irá tornar pouco fidedigna a apreciação da prova que irá surgir da mesma. Este fundamento tem apoio na lei, no artigo 328º do Código de Processo Penal, onde afirma que a “audiência é contínua, decorrendo sem qualquer interrupção ou adiamento até ao seu encerramento”. No entanto, a lei admite que possa haver adiamento e interrupções, devendo o

¹⁵ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, Coimbra, Coimbra Ediora 2004, p. 203.

¹⁶ Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, p. 258 (nota de rodapé n.º 86).

¹⁷ Almeida, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Vol. I Coimbra, Edições Almedina, 2ª Edição, 2018, p. 110.

¹⁸ Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, p. 260.

primeiro funcionar como exceção, e não ultrapassar os trinta dias, e as segundas são admissíveis na medida do estritamente necessário “para alimentação e repouso dos participantes”¹⁹. Embora seja esta a letra da lei, não é esta a prática judiciária. Pois nos casos em que existe interrupção a audiência e discussão de julgamento deverá continuar no dia útil seguinte ao da suspensão dos trabalhos, contudo, demais as vezes, a continuação da audiência é marcada para o trigésimo dia posterior ao da suspensão, assim, embora se cumpra a lei, afasta-se do seu espírito.

Na legislação, a livre apreciação de prova encontra-se fixada no n.º 5 do artigo 607º do CPC, determinando que o juiz aprecia livremente as provas de acordo com a sua prudente convicção.

Ora, o que pretende o legislador dizer com prudente? Prudente para o indivíduo que está a julgar, prudente para a sociedade em que o indivíduo se insere, prudente para a classe, prudente para o cidadão sobre o qual está a proferir uma sentença? Esta é uma questão que tentaremos desvendar mais à frente no nosso estudo.

O artigo ainda especifica que a livre apreciação de prova apenas é utilizada quando a lei não exija formalidade especial para o meio de prova que se pretende apreciar.

No Código de Processo Civil, a livre apreciação de prova é definida no artigo 127º e acrescenta que deverá ser apreciação de acordo com as regras da experiência e a livre convicção do juiz.

Por um lado, o Código de Processo Penal vai mais além e especifica que deverá ser apreciada segundo as regras da experiência, por outro, retira o conceito de prudente e apenas determina que deverá ser apreciada segundo a livre convicção do juiz. Livre convicção, já não fala em *prudente*, isto quererá dar mais liberdade ao juiz na apreciação da matéria probatória, ou quererá dizer que em matéria penal é mais difícil recorrer à prudência do que em matéria cível? Porque o legislador, em matéria penal, retirou essa exigência ao juiz? Quererá facilitar-lhe o modo de decidir? Em capítulo próprio iremos tentar desvendar este mistério.

Aqui chegados, verificamos que as palavras mais utilizadas para caracterizar o princípio da livre apreciação de prova são: regras de lógica e de experiência, recondução a critérios objetivos, oponível e objeto de recurso. É ponto assente que o princípio da livre apreciação de prova recai

¹⁹ Art.º 328º Código de Processo Penal.

sobre a matéria de facto, portanto, daqui retiramos que o juiz deve apreciar a matéria de facto de acordo com as regras de lógica e de experiência reconduzindo os fundamentos a critérios objetivos para que a decisão possa ser objetivável e assim oponível a terceiros a fim de as partes poderem exercer o seu direito ao recurso. O que se pretende dizer com tornar a decisão objetivável é poder olhar para ela e identificar claramente cada um dos fundamentos e o que o juiz pretende dizer com eles para que as partes possam impugná-los, exercendo o direito ao recurso.

É escusado alongarmo-nos quanto à importância do presente princípio para o estudo, visto que o mesmo faz parte do título do tema proposto, de qualquer forma, não é demais reforçar que o que pretendemos com o tema em apreço é percebermos o que o legislador pretende dizer com prudente convicção do juiz na prova que é destinada, pela lei, à livre apreciação do mesmo, sendo necessário percebermos que provas são taxativamente valoradas e que provas são livremente valoradas. É fulcral ainda percebermos se o juiz se escuda na livre apreciação de prova para decidir o pleito, ou se a mesma é devidamente respeitada, na medida em que a fundamentação do juiz é reconduzida a critérios objetivos para que seja oponível a terceiros e objeto de recurso. Como se vê, é um tema que dá pano para mangas.

Princípio da imediação de prova

O artigo 604º n.º 3 do Código de Processo Civil concretiza a materialização do princípio da imediação de prova, pois, este artigo dita, no âmbito da audiência final, quais os atos de prova que devem ser realizados ou ser presentes perante o juiz, uma vez que, nessa fase, ele terá de apreciar e pronunciar-se, quanto às provas produzidas na sequência da sua produção, quais os factos que se consideram provados e quais os factos que se consideram não provados (artigo 607º n.º 4 Código de Processo Civil), portanto, é aqui, nesta fase, que existe um contacto direto entre o juiz e a prova.

É um princípio que tem especial relevo na primeira instância uma vez que é nela que é efetuada a produção de prova, mas também poderá atuar na segunda instância nos casos previstos da alínea a) e b) do n.º 2 do artigo 662º do Código de Processo Civil.

O princípio da imediação da prova²⁰ decorre da prossecução da verdade material e do princípio da livre apreciação de prova e é *conditio sine qua non* para a sua admissibilidade lógica.

O objetivo do presente princípio é que o juiz dê prevalência às provas mais diretas e mais recentes por se considerarem mais fidedignas, em detrimento das provas a produzir com recurso a ilações/deduções que são de carácter indiciário, portanto, não tão fidedignas por não serem diretamente percecionadas pelo juiz, ou às provas remotas que não sejam tão recentes por já poderem ter sofrido deturpações.

É após a produção de prova e a tomada de posição das partes, que é possível, ao juiz, aderir a uma determinada verdade, contudo, essa possibilidade não terá tantas hipóteses de estar correta quanto a oralidade permite, pois através do discurso adotado pelas partes poderá aferir-se com maior probabilidade a descoberta da verdade, dado que o juízo retirado do discurso das partes, acerca da veracidade ou da falsidade das suas alegações ou afirmações, será mais preciso, portanto terá uma probabilidade maior de alcançar a verdade.

Através do discurso direto é possível percecionar determinadas características do discurso como a espontaneidade do orador, a vivacidade do seu discurso, a distância que o orador coloca ao relato, o nervosismo, sobre o qual terá sempre de se relevar alguma parte dadas as circunstâncias do orador que nunca se viu sentado numa sala de audiências, bem como as suas expressões faciais, o que apenas é aferível através do discurso direto e, que irá permitir alcançar uma maior probabilidade de correspondência com a verdade material do que as provas materiais, uma vez que não são diretamente percecionadas pelo juiz.

Como corolários deste princípio temos o princípio da oralidade, da concentração e da continuidade da audiência por todos primarem pela proximidade do juiz à prova, sendo ainda instrumentais ao princípio que estamos a abordar, o princípio da publicidade da audiência e do processo, da identidade do juiz e da continuidade da audiência.

Posto isto, verificamos que a ideia chave deste princípio é a aproximação do juiz à matéria probatória por ser diretamente percecionada pelo mesmo, portanto mais fidedigna e com maior possibilidade de atingir a verdade material, sendo importante para o estudo do tema uma vez que

²⁰ Almeida, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Vol. I Coimbra, Edições Almedina, 2ª Edição, 2018, p. 112; Paulo Saragoça da Matta, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, p. 260 a 261.

este princípio permite ao juiz perceber diretamente a prova que irá formar a sua convicção e determinar a decisão da causa.

Assim, é importante compreendermos este princípio para que percebamos as diferentes formas em como a convicção do juiz é formada e onde a prudência deve ser verificada.

Conceito de prova

O conceito de prova, encontra-se definido no artigo 341º do Código Civil, tendo esta como função, a demonstração da realidade. Portanto, a prova é toda “a atividade realizada em processo tendente à formação da convicção do tribunal sobre a realidade dos factos controvertidos”²¹, ou seja, é o conjunto da atividade, factos provados e factos carecidos de prova, que formam a convicção do juiz na fundamentação da decisão final, isto é, para além de formar a convicção do juiz, a prova é utilizada como meio de argumentação/justificação da decisão tomada pelo julgador.

Para TARUFFO, a prova “assume a função de fundamento para a escolha racional da hipótese destinada a constituir o conteúdo da decisão final sobre o facto”²².

MARINONI e ARENHART definem prova como “todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”²³.

Se a função da prova é a demonstração da realidade/verdade, e esta forma a convicção do julgador, então a prova tem um objeto imediato, o facto, e um objeto mediato, a afirmação a que corresponde o facto²⁴.

Quanto ao conceito de prova, cabe ainda distinguir os diferentes conceitos que existem na doutrina. Temos assim, a prova enquanto atividade probatória, que dirige os fins da instrução. Prova enquanto resultado, sendo a correspondência entre a verdade e a afirmação, bem como, todos os dados adquiridos no processo, mesmo que não demonstrem os factos provados. Prova enquanto argumento probatório, o qual irá determinar a convicção do juiz. E por último, enquanto meio de prova, ou seja, qualquer elemento indutivo ou preceptivo que forma a convicção do juiz²⁵.

²¹ Teixeira de Sousa, Miguel, As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa, LEX, Lisboa, 1995, p. 195.

²² Taruffo, Michele, La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali, Milano, Giuffrè, 1992 VII, p. 421.

²³ Marinoni, Luiz guilherme e Arenhart, Sérgio Cruz, Prova e Convicção, 4ª ed. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2018, p.72.

²⁴ Teixeira de Sousa, Miguel, As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa, LEX, Lisboa, 1995, p. 195.

²⁵ Castro, Artur Anselmo de, Direito Processual Civil Declaratório, vol. III, Coimbra, Livraria Almedina 1982, p.191.

É certo que a prova é um elemento essencial da sentença, dado que a mesma é formada pelos factos provados e não provados, mas é também um elemento essencial na formação da convicção do juiz, pois são as provas que, no seu âmago, irão convencer o juiz na obtenção da verdade. Portanto, o seu juízo decisório será formado pelas provas que o convenceram, de que atingiu a verdade do litígio, mesmo que apenas tenha atingido a verdade formal.

Posto isso, podemos afirmar que prova e convicção do juiz, são dois conceitos intimamente ligados, já que a prova, em todas as suas aceções, ajuda a formar a convicção do juiz, portanto, a decisão final é formada através dos factos provados em processo. Sendo estes os dois temas centrais do objeto do nosso estudo, cuidando percebermos que lugar ocupa, a livre apreciação de prova na convicção do juiz.

Objeto da prova

O objeto de prova são os factos, tendo, a prova, objeto principal e objeto acessório. Estes últimos são os relativos aos meios de prova e os primeiros, relativos aos factos alegados.

No entanto, existem diversos tipos de factos que são objeto de prova, ora vejamos, os factos controvertidos e os não controvertidos, os factos acessórios, os factos que não necessitam de alegação, os factos de conhecimento funcional, os de conhecimento oficioso. Pelo que iremos fazer uma breve distinção entre cada tipo de facto²⁶.

Os factos controvertidos, que são pertinentes para a decisão da causa, são objeto principal de prova e a sua relevância é definida pela acuidade que tem na resolução do caso concreto.

Já os factos acessórios, são os relativos aos meios de prova dentro do âmbito da atividade probatória.

Existe ainda os factos não controvertidos, sendo os que por não terem sido alvo de impugnação pela contraparte dão-se por admitidos por acordo, portanto dispensam a realização de prova. Também não necessitam de prova, os factos que fazem parte de caso julgado de uma decisão, por terem força vinculativa para as partes.

²⁶ Para um estudo mais aprofundado, vide Sousa, Miguel Teixeira de, As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa, LEX, Lisboa, 1995, p.197 a 210.

Os factos que não necessitam de alegação, são os factos notórios, os de conhecimento funcional e os de conhecimento oficioso. Os factos notórios advêm da opinião pública comum, pelo que, pressupõe-se que o juiz também tem conhecimento deles, no entanto isso não obsta à sua arguição, pois por serem de notoriedade geral, não significa que o juiz tenha obrigação de os conhecer.

Os factos de conhecimento oficioso, são os factos que as partes não precisam de alegar mesmo que sejam notórios ou de conhecimento funcional, pois que, por força da lei, o tribunal obrigatoriamente tem de se pronunciar quanto aos mesmos.

Quanto aos factos suscetíveis de prova indiciária, temos a prova direta e a prova indireta, a prova por presunções e a prova *prima facie*.

Ora, a *prova direta*, é aquela em que o facto que constitui objeto de prova é diretamente percecionado pelo juiz e a prova indireta, é aquela em que o facto que constitui objeto de prova é demonstrado através da mediação de um outro facto²⁷.

A *prova indireta*, pode ser representativa ou histórica. Através da percepção desta prova, o juiz retira dela o facto a provar, é o caso do testemunho, ou da prova documental. Contudo, TEIXEIRA DE SOUSA, distingue outra modalidade, quanto à prova indireta, que é a prova indiciária, através da qual o juiz deduz o facto que constitui objeto da prova, isto é, através do facto indiciário, deduz o facto essencial, ou seja, “o tribunal deve verificar a adequação causal entre o facto probatório ou indiciário e o objeto da prova”²⁸, só depois de verificada, essa adequação, é que o juiz vai apreciar e valorar a prova realizada, referente ao facto indiciário²⁹.

Depois temos as *provas por presunção*. Este tipo de prova, também acarreta duas modalidades, a prova por presunções legais e a prova por presunções naturais.

A *prova por presunções legais* traduz-se na inferência que se faz de um facto probatório, para obter o facto principal. E estas podem ser ilidíveis, quando admitem prova em contrário e inilidíveis, quando não admitem prova em contrário³⁰.

Já as *presunções naturais ou judiciais*, são aquelas em que é o facto indiciário que *prova* o facto principal. Assim, estas presunções apenas conduzem à inferência do facto presumido, pelo que, não se pode dizer que sejam um meio de prova, isto é, “o juiz infere, ou é levado a inferir pela

²⁷ Sousa, Miguel Teixeira de, As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa, LEX, Lisboa, 1995, p. 209.

²⁸ Sousa, Miguel Teixeira de, As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa, LEX, Lisboa, 1995, p. 208.

²⁹ Sousa, Miguel Teixeira de, As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa, LEX, Lisboa, 1995, p. 208 a 210.

³⁰ Sousa, Miguel Teixeira de, As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa, LEX, Lisboa, 1995, p. 210.

lei ou pela experiência, um facto desconhecido de um outro que é conhecido”³¹, pelo que, apenas podem ser meios de dispensa de prova³².

Segundo TEIXEIRA DE SOUSA “o fundamento das presunções encontra-se, pode dizer-se, na normalidade das coisas, isto é, no que acontece normalmente”³³.

Com isto verificamos que, nem sempre o facto invocado pela parte prova esse mesmo facto, pode acontecer que prove um facto diferente, desde que seja um facto indiciário daquele outro³⁴.

Temos ainda a *prova prima facie*, que se baseia numa presunção judicial, ou seja, é através da experiência da vida que se infere a veracidade de um facto presumido. Estas provas geralmente “integram o acervo de conhecimentos necessários para a avaliação da prova, pelo que o tribunal não pode ficar dependente, quanto a elas, das disposições das partes”³⁵, pelo que, não é necessário que as partes aleguem máximas de experiência, já que estas não são objeto de impugnação, portanto, não podem ser admitidas por acordo.

Por fim, a prova oficiosa é a prova que o juiz manda produzir para esclarecer provas produzidas pelas partes e que lhe parecem insuficientes para conhecer da causa, portanto o juiz manda produzir prova de modo a aclarar as já produzidas pelas partes de modo a decidir, de forma segura, o pleito, portanto, oficiosa é toda a prova que o juiz manda produzir.

Prova legal e prova livre

Introdução histórica

Iniciaremos este capítulo por uma breve introdução histórica³⁶, acerca da evolução da prova legal e da prova livre.

Na Idade Média recorriam-se a modelos irracionais ou espirituais para provar a inocência ou culpa de uma pessoa, portanto não havia propriamente uma valoração da prova, faziam-no através

³¹ Sousa, Miguel Teixeira de, As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa, LEX, Lisboa, 1995, p. 210.

³² Sousa, Miguel Teixeira de, As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa, LEX, Lisboa, 1995, p. 210.

³³ Sousa, Miguel Teixeira de, As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa, LEX, Lisboa, 1995, p. 210.

³⁴ Sousa, Miguel Teixeira de, As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa, LEX, Lisboa, 1995, p. 210.

³⁵ Sousa, Miguel Teixeira de, As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa, LEX, Lisboa, 1995, p. 212.

³⁶ Vide Ramos, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, in O Direito 146º (2014), III, p. 557 a 562.

do apelo à divindade. Estes modelos, baseavam-se nas ordálias e nos juramentos, que eram eminentemente intuitivos e dedutivos, mas também em modelos racionais dos quais fazem parte a prova legal, a prova livre, a valoração racional e o sistema misto.

As ordálias³⁷ eram conhecidas como julgamentos divinos em que se apelava diretamente à divindade, pelo que, o papel do juiz era dar voz ao que a divindade determinava quanto à inocência ou não da pessoa em julgamento. Portanto, o resultado probatório era diretamente influenciado pelo divino e o juiz condenava sem sequer valorar a prova produzida, independentemente de concordar ou discordar do resultado ditado pela divindade, tendo assim um papel completamente passivo no julgamento. A única coisa que aplicava era a “vontade” da divindade e não leis.

A partir do século XII³⁸ a Igreja começou a desassociar-se das ordálias mostrando resistência e, até uma certa hostilidade, no uso das mesmas. Influenciado pelo Direito canônico e pelo Direito romano, o legislador resolveu proibir o recurso às ordálias passando a privilegiar o uso de provas racionais, dadas as recentes influências no campo do Direito.

Quanto ao juramento³⁹, as partes, faziam-no invocando Deus, santos, ou objetos sagrados, partindo do pressuposto que as partes faziam parte da mesma religião. Uma vez que os intervenientes acreditavam que o perjúrio implicaria vingança por parte da divindade, acreditava-se que um testemunho efetuado sob juramento seria verdadeiro. No entanto, o resultado probatório só se iria verificar posteriormente, uma vez que o resultado do perjúrio não era imediato.

No que concerne à prova racional⁴⁰ esta poderia ser dedutiva ou intuitiva, tendo desaparecido o juramento e as ordálias dando lugar às provas testemunhais e às provas documentais. Portanto, agora o julgamento era realizado com recurso a provas racionais sobre as quais o juiz efetuava uma valoração lógica e racional. No entanto, a prova poderia ser legal ou tarifada assentando particularmente na dedução ou livre, a qual apela à íntima convicção do juiz, a uma intuição de cariz eminentemente subjetivo sobre a culpabilidade ou desvalor da conduta do réu.

³⁷ Ramos, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, in O Direito 146º (2014), III, p. 558 a 559.

³⁸ Ramos, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, in O Direito 146º (2014), III, p. 559-560.

³⁹ Ramos, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, in O Direito 146º (2014), III, p. 560.

⁴⁰ Ramos, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, in O Direito 146º (2014), III, p. 561.

Surgiu então uma necessidade de se fixar na lei o valor da prova, uma vez que as provas baseadas na vontade divina acarretavam demasiada variabilidade e discricionariedade, tendo surgido assim a prova legal.

Num sistema de prova legal, a lei estabelece previamente o valor probatório da prova, ficando o juiz adstrito ao valor que a lei estabelecer para a prova, o que desde logo irá condicionar a decisão do juiz.

Com a prova legal, o legislador veio estabelecer uma lógica no que se refere à matéria de prova e de decisão do juiz com o intuito de eliminar o subjetivismo que caracterizava as épocas anteriores. O que criou um confronto entre o legislador e o juiz tendo culminado na imposição oficial da lógica àquelas duas matérias de forma a que a decisão do juiz espelhasse uma dedução direta das provas apuradas⁴¹.

No período setecentista, a prova testemunhal era vista como uma prova relativa, pelo que a prova legal cresceu, devido ao relevo que os pensadores jus-naturalistas deram à mesma, tornando-se num “fenómeno de índole normativa”⁴². Assim, o juiz deveria apenas aplicar a lei, sendo o papel dele apenas o da sua interpretação. Com isto, verificou-se uma desconfiança sobre o legislador, uma vez que era ele quem fazia as leis, por isso ele decidia qual o resultado probatório a atribuir a cada meio de prova⁴³.

Foi nesta altura que, no Direito Germânico, apareceu a verdade formal⁴⁴ por se considerar que um processo instaurado num tribunal do Estado deveria originar um resultado certo e determinado. Contudo, surgiram críticas a esta orientação, críticas estas que afirmavam que as sentenças geravam injustiças, uma vez que a prova era apreciada de acordo com os preceitos da prova legal e portanto com total desconhecimento do caso concreto, estando o juiz adstrito ao resultado ditado pela lei, tornando-o como que um inimigo do acusado, quando deveria se

⁴¹ Giuseppe Salvioli, Storia della Procedura Civile e Criminale, in Storia Diritto Italiano, coord. por Pasquale del Giudice, vol. III, Florença, 1969, p. 468 e ss. *apud* Ramos, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, in O Direito 146º (2014), III, p. 562.

⁴² Michele Taruffo, La Prova dei Fatti Giuridice, Milão, 1992, p. 390-391 *apud* Ramos, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, in O Direito 146º (2014), III, p. 563.

⁴³ Jordi Ferrer Beltrán, La Valoración Racional de la Prueba, Madridd, 2007, p. 61-62 *apud* Ramos, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, in O Direito 16º (2014), III, p. 563.

⁴⁴ Nicol Gonner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, 2ª ed. Vol. II, Erlangen, 1804, p. 255 *apud* Ramos, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, in O Direito 146º (2014), III, p. 564.

comportar como um verdadeiro juiz de Direito. Com isto, verificou-se a defesa por um sistema que desse primazia ao bom senso do julgador, o sistema da livre convicção.

Ora, o sistema da livre convicção⁴⁵, que pode também ser designado por sistema da *íntima convicção* e de *prova moral*, nasceu durante a Revolução Francesa tendo para tal contribuído a incompatibilidade do sistema de provas legais com a instituição do júri, pois uma vez que as regras legais, para fixação da prova, eram complexas para os jurados, a determinação da verdade acabada por advir da sua íntima convicção e da sabedoria popular, sendo as suas decisões vistas, como isentas, embora baseadas na razão. Portanto, a decisão do júri acabava por se fundar na experiência comum da população, e representava o conhecimento empírico popular obtido ao longo dos séculos. A íntima convicção do júri significou, por isso, o apogeu do sistema da prova livre, onde se verificava, na própria legislação da época, um apelo à utilização da consciência como meio para valoração da prova.

A valoração da prova, passou a ser feita com base no instinto do júri⁴⁶, ou seja, na sua volatilidade quanto ao sujeito e ao caso, em consonância com a sua consciência, sem que fossem impostas barreiras à sua forma de decidir, o que acabaria sempre por se traduzir em subjetividade. Assim, verificava-se um poder absoluto do júri sobre a prova. Ora, verifica-se então uma arbitrariedade nas decisões tomadas pelo júri, nas quais predominavam a irracionalidade, entendendo-se que a prova valorada desta forma, não esclarecia o convencimento do juiz, por não se apoiar um método probatório, sobre o qual se pudesse aferir o resultado da atividade probatória, esclarecendo a decisão tomada pelo júri.

Depressa, o sistema de prova moral, estendeu-se também aos juízes profissionais⁴⁷ que adotaram a ausência de motivação nas suas decisões, dado que o juiz julgava de acordo com a sua consciência, não era desnecessário fundamentar a sua decisão quanto à valoração da prova. A sua consistência era o elemento determinativo da sua decisão, pelo que, se chegou ao extremo em que o juiz decidia “com prova, sem prova e contraprova”⁴⁸.

⁴⁵ Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, 4ª Edição, editorial Verbo, 2008, p. 148.

⁴⁶ Massimo Nobile, Il Principio del Libero Convinimento del Giudice, Milão, 1974, p. 96 e Michele Taruffo, “La Valutazione delle Prove” in La Prova del Processo Civile, coord por Michele Taruffo, Milão, 2012, p. 209 *apud* Ramos, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, in O Direito 146º (2014), III, p. 565.

⁴⁷ Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, 4ª Edição, editorial Verbo, 2008, p. 149.

⁴⁸ Ferreira, José Dias, Novíssima reforma Judiciária, anotada, Coimbra, impressa da Universidade 1892 p. 262.

Com a reforma do Código de Processo Penal/29 em 1931, parte da doutrina insurge-se contra a orientação da jurisprudência que considerava que a 1ª instância deveria fixar a matéria de facto, pois entendiam que matéria atinente às regras de apreciação de prova era matéria de direito, logo, suscetível recurso, pelo que, não podia ser fixada pelo tribunal de 1ª instância⁴⁹.

Posteriormente, passou a ser relevante e objeto fundamental da verdade, a verdade histórica então o juiz assumiu uma atitude de investigador histórico⁵⁰.

Durante anos a livre apreciação de prova era associada à íntima convicção do juiz, que decidia sem sujeição a qualquer critério de valoração de prova e sem que houvesse controlo sobre a mesma, dado que a sua decisão era marcada pela subjetividade do juiz, portanto não era passível de ser objetivável.

Com isto, percebemos a evolução histórica da valoração de prova que começou pelas ordálias que eram julgamentos divinos em que o juiz ditava o que a entidade divina determinava quanto à prova dos factos; os juramentos, em que se acreditava que o testemunho de um indivíduo, que se encontrava sob juramento, era verdadeiro dado que este acreditava que se faltasse à verdade seria castigado pela entidade divina. Estas formas de valoração de prova acabaram por desaparecer dando lugar à prova racional, obtida através do testemunho ou de documentos, sendo objeto de valoração lógica e racional. Nesta altura, a prova poderia ser legal, na qual a lei fixava o valor da prova, ou podia ser livre, dependendo apenas da íntima convicção do juiz. O surgimento da prova legal gerou um confronto entre o legislador e o juiz, uma vez que o legislador impunha uma lógica à valoração de prova, na pretensão de eliminar a subjetividade do juiz, o que não foi visto com bons olhos tendo gerado desconfianças no legislador visto ser ele quem fazia as leis, portanto, quem determinava o resultado probatório. O sistema da livre convicção surgiu pela incompatibilidade do sistema legal com a instituição do júri, dada a sua complexidade, tendo sido alaistrado também ao juiz profissional, contudo estes entenderam que a prova sujeita à livre convicção não carecia de ser fundamentada, já que o juiz julgava de acordo com a sua consciência.

No nosso ordenamento jurídico também é possível verificar a evolução histórica através das alterações efetuadas no CPC.

⁴⁹ Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, 4ª Edição, editorial Verbo, 2008, p. 149 e 150.

⁵⁰ Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, 4ª Edição, editorial Verbo, 2008, p. 150.

Ora, o Código de Processo Civil de 2013 dava maior ênfase à livre apreciação de prova, como era visível no artigo 655º, n.º 1, embora o seu n.º 2 atribuísse a certos meios de prova determinado valor probatório. Portanto, o equilíbrio que se verificava entre a prova legal e a livre apreciação de prova, era frágil, predominando a livre apreciação de prova.⁵¹

Contudo, a nova redação do Código de Processo Civil traz, no seu artigo 607º no número 5, uma alteração que vem consolidar o equilíbrio entre o modelo da livre apreciação de prova e o modelo da prova legal. Pois, “o juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção”⁵², mas apenas quanto aos factos sobre os quais a lei não exija formalidade especial, ou que só possam ser provados por documentos, ou ainda, que estejam plenamente provados por documentos, acordo entre as partes, ou confissão. Esta recusa expressa da livre apreciação de prova quando haja outros meios probatórios fixados pela lei que devam ser utilizados, vem reequilibrar o sistema da livre apreciação de prova e da prova legal dentro do nosso sistema misto, dando a mesma importância aos dois modelos de prova⁵³.

Assim, verificamos que, ao longo dos tempos, as alterações feitas aos códigos têm trazido equilíbrio entre os dois sistemas de prova, consolidando-os e harmonizando-os dentro do sistema misto, pelo que, concordamos com o JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, quando afirma “que os dois modelos se coadunam e se compatibilizam entre si, de modo coerente ou, quanto muito, numa perspectiva complementar”⁵⁴.

Prova Livre

Para CASTRO MENDES, a prova livre é “a avaliação ou valoração dos meios de prova é *em regra feita* livremente caso a caso pelo respetivo julgador”⁵⁵.

Na *prova livre* a atividade probatória é valorada de acordo com a convicção do juiz, portanto não existe um pré-estabelecimento, por parte da lei, quanto à valoração de cada prova. Assim, o princípio da livre apreciação de prova é uma consequência direta dos poderes conferidos ao juiz.

⁵¹ Ramos, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, in O Direito 146º (2014), III, p. 581.

⁵² Artigo 607º, n.º 5 do CPC.

⁵³ Ramos, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, in O Direito 146º (2014), III, p. 582.

⁵⁴ Ramos, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, in O Direito 146º (2014), III, p. 579.

⁵⁵ Mendes, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, Lisboa, 1961, p. 307.

O direito português atribui às partes o impulso processual (artigo 3º e 264º n.º 1 CPC) e a delimitação do objeto do processo (artigo 664º CPC). Ao juiz, concede alguns poderes através dos quais pode remover obstáculos que se abstenham ao andamento célere da causa (artigo 266º CPC), pode ainda realizar ou ordenar diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade sobre os factos que são de conhecimento oficioso (artigo 264º n.º 3 CPC) e atender aos factos que são notórios ou de que tem conhecimento através do exercício das suas funções. Portanto, os poderes conferidos ao juiz, genericamente, respeitam ao regular andamento do processo na descoberta da verdade, na sua tramitação e instrução, que irão culminar no julgamento.

O grau de intervenção judicial, na condução da causa, repercute-se diretamente no âmbito da livre valoração da prova e é precisamente neste contexto que, para TEIXEIRA DE SOUSA⁵⁶, se justifica e se enquadra a livre apreciação da prova. No entanto, a liberdade na obtenção da convicção jurisdicional também reflete uma forma de intervenção do juiz no julgamento de facto e conduz a uma margem de ponderação judiciária que é retirada à disponibilidade das partes, pois estas embora possam convencionar sobre matérias probatórias, não vinculam o tribunal a uma determinada apreciação probatória.

Objetivamente⁵⁷, a livre apreciação de prova pressupõe uma interpretação da prova, que será feita pelo juiz, de modo a que este possa atribuir-lhe um valor. Ora, esse valor será feito de acordo com a ponderação efetuada pelo julgador e apoiada na sua convicção. E essa ponderação da sua convicção terá de ser feita antes da atribuição de valor à prova. Ou seja, entre a interpretação e a atribuição de valor às provas, há uma fase de ponderação da convicção do juiz. O que não acontece na prova tarifada, uma vez que, após a sua interpretação há logo lugar à atribuição de valor legal. Ora, isto poderá levar a que as partes produzam provas que não sejam necessárias para o litígio, dado que o juiz já formou a sua convicção aquando da atribuição de valor das provas sujeitas à sua livre apreciação, visto que atividade probatória é realizada toda de uma só vez e em momento anterior à referida atribuição de valor. Daí que TEIXEIRA DE SOUSA afirme que “a livre apreciação de prova é um princípio referido à interpretação da prova”⁵⁸ visto que, neste sistema, o

⁵⁶ Scientia Iuridica, tomo XXXIII, ano 1984 Miguel Teixeira de Sousa, “A livre apreciação da prova em processo civil”, p.121 a 124.

⁵⁷ Scientia Iuridica, tomo XXXIII, ano 1984 Miguel Teixeira de Sousa, “A livre apreciação da prova em processo civil”, p. 123.

⁵⁸ Scientia Iuridica, tomo XXXIII, ano 1984 Miguel Teixeira de Sousa, “A livre apreciação da prova em processo civil”, p. 123.

juiz forma a sua convicção antes de atribuir valor às provas apresentadas pelas partes, portanto fá-lo aquando da interpretação da prova.

Subjetivamente⁵⁹, a livre apreciação da prova dirige-se às partes, uma vez que se reflete diretamente no seu comportamento, no entanto é um princípio atribuído ao tribunal, sendo, portanto, uma faculdade deste e está na sua disponibilidade, submetendo-se à ponderação racional do juiz.

A liberdade de apreciação de prova de que se fala, é uma liberdade que tem como propósito, fazer o caminho até chegar à verdade objetiva, ou seja, uma verdade que ultrapassa a pura subjetividade de modo a impor-se a terceiros. Contudo, para que seja oponível a terceiros, a convicção do juiz tem de ser válida e, portanto, devidamente fundamentada comportando critérios objetivos suscetíveis de controlo.

O juízo sobre a valoração de prova tem dois níveis⁶⁰. Um primeiro, em que a credibilidade que o tribunal atribui aos meios de prova depende da sua imediação e, portanto, acabam por provir elementos que são irracionalmente explicáveis. Num segundo nível, temos as deduções e as induções que o julgador obtém dos factos probatórios. Portanto, neste nível as ilações retiradas da valoração da prova, baseiam-se no facto de o raciocínio mostrar-se correto, assente em regras de lógica, princípios da experiência e conhecimentos científicos, ou seja, as regras de experiência.

Portanto, da prova livre retira-se que é um meio de intervenção do juiz no julgamento de facto que é retirada à disponibilidade das partes, uma vez que para que seja valorada ela precisa de formar uma convicção no juiz. Ora, na prova legal as partes sabem exatamente qual o valor atribuído a cada prova, pelo que têm a faculdade de escolher quais as provas que irão levar ao processo de forma a que sejam favoráveis para si e prejudiciais à contraparte. Ou seja, ao contrário da prova legal, as provas sujeitas à livre apreciação, quando carreadas para o processo, as partes não sabem qual o valor que lhes será atribuído pelo juiz, portanto as partes não sabem se a valoração atribuída lhe será favorável ou não, pelo que, quem dispõe do controlo na livre apreciação é o juiz e não as partes.

⁵⁹ Scientia Iuridica, tomo XXXIII, ano 1984 Miguel Teixeira de Sousa, “A livre apreciação da prova em processo civil”, p. 123 – 124.

⁶⁰ Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, 4ª Edição, editorial Verbo, 2008, pp. 150 a 152.

Percebemos ainda que objetivamente a prova livre traduz-se na interpretação da prova para lhe atribuir um valor. E subjetivamente ela reflete o comportamento das partes, embora seja uma faculdade atribuída ao tribunal. Portanto, para que a fundamentação do juiz seja válida é necessário que seja objetivável, pois apenas assim ela é sujeita ao controle pode ser oponível a terceiros.

Prova Legal

Quanto à prova legal, a avaliação da prova é “*em regra imposta* em abstrato por normas jurídicas”⁶¹. Ou seja, é o legislador quem fixa qual o valor o atribuir a cada prova, e é na lei, que ela está determinada. Portanto, as partes sabem, previamente, qual o valor que será dado a cada prova que foi junta ao processo e que não esteja sujeita à livre apreciação de prova. Ou seja, sabem o que podem contar delas e, portanto, escolher que provas juntar de forma a gerar uma opinião, no juiz, que lhe seja mais favorável. No Código Civil, a valoração está distribuída, o artigo 358º do Código Civil, enuncia a força probatória da confissão, sendo plena apenas quando contra o confitente; art.º 371º do Código Civil, atribui a força probatória dos documentos; o art.º 376 determina a força probatória do reconhecimento notarial, são alguns dos exemplos.

Mas a lei também determina os casos em que a prova é determinada livremente pelo juiz, como é o caso da prova por depoimento da testemunha (artigo 396º Código Civil), a prova dada pelas respostas dos peritos (artigo 389º do Código Civil), a prova por inspeção (artigo 391º Código Civil), entre outras.

Conotações de verdade

Antes de entrarmos no tema que nos propomos a estudar, cabe fazer algumas considerações quanto ao fim de qualquer processo. Como sabemos é a descoberta de verdade, no entanto, discute-

⁶¹ Mendes, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, lisboa, 1961, p. 307.

se que tipo de verdade é que se atinge em processo civil, isto porque, acreditar que é possível conhecer a verdade absoluta em direito é absurdo. Mas então que verdade se pretende alcançar?

Ora, a verdade é a relação entre a realidade e a representação mental que o indivíduo faz dela, embora, demais as vezes a verdade seja identificada por um desses conceitos, sem que haja necessariamente alguma relação entre eles⁶².

Em processo civil o objetivo é alcançar a verdade que comumente é vista como realidade. Para tal, as partes levam a processo as provas que apoiam as suas alegações. Portanto, a prova é um veículo de descoberta da verdade/realidade. Mas que realidade? CASTRO MENDES verifica que existem dois pensamentos diferentes. Um em que a realidade é vista enquanto uma representação mental que é conforme com a realidade. O outro pensamento vê a realidade enquanto conformidade entre uma representação mental já existente e a realidade⁶³.

O autor vê a realidade de uma terceira perspetiva, defendendo que as partes devem apresentar as suas versões de facto e afirmar a sua correspondência com a realidade⁶⁴.

É verdade que as partes quando vão a processo alegam factos e afirmam que os mesmos correspondem à realidade, isso é o que acontece, no entanto, proponho uma quarta perspetiva. Embora tendo a encarar a realidade, enquanto ser comum, como a conformidade entre a representação mental já existente e a realidade, para o Direito a realidade será a conformidade entre os factos alegados e as provas. Havendo essa conformidade estamos perante factos provados que correspondem à realidade. É claro que no final do processo não se irá atingir uma verdade absoluta, mas para o Direito será essa a realidade encontrada, pois é a verdade alcançada pelas provas que confirmam, ou não, os factos alegados pelas partes. Caso contrário, nas duas primeiras perspetivas, apenas falamos de representações mentais o que para o Direito, não se revela suficiente enquanto realidade.

Posto isto, cumpre agora abordarmos as várias conotações de verdade que existem no estudo de Direito, que passamos a enunciá-las.

Para começar, temos a *verdade subjetiva*, que se traduz na verdade de cada pessoa formada pelos seus interesses e pelas suas convicções. Sendo que a convicção da pessoa será a de que a sua

⁶² Mendes, João de Castro, Do Conceito De Prova Em Processo Civil, Lisboa 1961, pp 369 e 370.

⁶³ Mendes, João de Castro, Do Conceito De Prova Em Processo Civil, Lisboa 1961, pp 370.

⁶⁴ Mendes, João de Castro, Do Conceito De Prova Em Processo Civil, Lisboa 1961, pp 370.

representação intelectual é adequada àquela realidade concreta⁶⁵. Para o ordenamento jurídico a verdade subjetiva que interessa é a do juiz, ou seja, a que irá resultar da sua experiência e pontos de vista sobre o processo⁶⁶.

De seguida, temos também, a *verdade legal ou jurídica*, ou seja, a realidade a que a ordem jurídica define como verdade, atribuindo-lhe efeitos que normalmente se imputa à verdade⁶⁷. Assim, o processo deverá conduzir à verdade legal ou jurídica.

Existe também o conceito de *verdade processual*, que será toda a verdade que terá interesse para o litígio, uma vez que o objetivo do processo é apurar a verdade do caso em apreço, portanto, do processo em si⁶⁸.

Por fim, cabe percebermos a *verosimilhança*⁶⁹ enquanto verdade. Quanto a este, cabe determinar que as provas livremente apreciadas pelo juiz não exigem que a convicção formada por ele, sobre a realidade dos factos alegados, alcance a verdade absoluta. É, portanto, suficiente, que assente num juízo probabilístico que recorra às presunções judiciais. Contudo, para alcançar esse juízo probabilístico é necessário esgotar os meios possíveis de investigação, para que se possa atingir a maior segurança possível que o juízo assente na probabilidade possa trazer. No entanto, quando o juiz não ficar convencido quanto à realidade sobre determinado facto a provar, ele não o pode dar como provado, pois não irá atingir a maior segurança possível do juízo assente na probabilidade, o que irá traduzir num prejuízo contra a parte a quem o facto aproveita, é o que advém do artigo 414º do Código de Processo Civil.

Ultrapassadas estas conotações de verdade, passemos agora para a distinção entre verdade material e verdade formal. Ora, esta distinção, é feita entre duas espécies antagónicas de verdade.

Verdade formal, atinge-se quando se verifica uma correta aplicação das regras jurídicas, ao caso concreto, ou seja, se todas as regras jurídicas estiverem corretamente aplicadas no processo,

⁶⁵ Vecchio, Giorgio del, A verdade na moral e no direito, trad. Dr. Francisco José Veloso, Braga, Livraria Cruz, 1950, p. 59.

⁶⁶ Vecchio, Giorgio del, A verdade na moral e no direito, trad. Dr. Francisco José Veloso, Braga, Livraria Cruz, 1950, p. 59.

⁶⁷ Mendes, João de Castro, Do Conceito De Prova Em Processo Civil, Lisboa 1961, p. 382.

⁶⁸ Mendes, João de Castro, Do Conceito De Prova Em Processo Civil, Lisboa 1961, p. 383.

⁶⁹ Freitas, José Lebre de, Introdução ao Processo Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 3ª ed., 2013, p. 200.

atinge-se a verdade formal. Esta é a finalidade principal do processo, pois uma decisão que viole a lei ou aplique lei inválida, não será uma decisão justa⁷⁰.

Já a *verdade material*, será o resultado do processo, no qual através da atividade probatória se alcança a certeza histórica, ou seja, a verdade material do litígio. Essa verdade material irá traduzir-se no convencimento do juiz, retirado das provas sujeitas à sua livre apreciação, independentemente da relação que haja entre realidade e o seu convencimento.

Para FURNO, a verdade material é definida pelo convencimento do juiz, enquanto resultado das suas observações probatórias feitas através da livre apreciação de prova, independentemente se haja ou não relação entre a realidade e o seu convencimento. Portanto, compara-a à verdade formal, quando para o autor a verdade material é definida pelos meios como ela é obtida, não havendo necessidade que se equipare à realidade⁷¹. No entanto, esta ideia pressupõe que a verdade é necessariamente alcançada através da livre apreciação de prova.

Para BETTIOL, o princípio da livre apreciação de prova leva à verdade. Não coloca em equação, que ela possa resultar em erro, para além de que, para o autor, o resultado obtido através da livre apreciação de prova trará maiores garantias de chegar à verdade do que a prova legal⁷². Precisamente por não admitir que a livre apreciação de prova possa levar ao erro, não concordamos com esta visão de BETTIOL. A livre apreciação de prova com plena e absoluta liberdade de critério, não é garantia de se atingir a certeza histórica, pois a livre apreciação de prova estará sempre sujeita à subjetividade do juiz, por mais isento ou objetivo que o julgador possa ser, estará sempre sujeita aos seus interesses, vivências e paixões, determinando a sua opinião quanto à prova livremente apreciada, portanto, não leva necessariamente à verdade.

Assim, concordamos com a defesa de CASTRO MENDES⁷³ um processo sujeito apenas à livre apreciação de prova, levará a uma verdade subjetiva.

⁷⁰ Taruffo, Michele, *La verità nel processo*, Riv. trim. dir. proc. civ., fasc.4, 2012, pag. 1117, disponível em https://dejure.it/#/ricerca/dottrine_documento?idDatabank=13&idDocMaster=3673416&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&docidx=16&semantica=0&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false, consultado em 04/2020.

⁷¹ Furno, Contributo alla teoria della prova legale p.20 e 21 *apud* Mendes, João de Castro, *Do Conceito De Prova Em Processo Civil*, Lisboa 1961, p. 388 e 389.

⁷² Mendes, João de Castro, *Do Conceito De Prova Em Processo Civil*, Lisboa 1961, p. 389.

⁷³ Mendes, João de Castro, *Do Conceito De Prova Em Processo Civil*, Lisboa 1961, p. 389 a 390.

Embora não haja uma solução cabal para a oponibilidade da verdade material à verdade formal, não será por essa razão que a valoração probatória ficará prejudicada, já que uma não desempenha a mesma função do que a outra, e ambas não se confundem. Assim, se a verdade formal divergir da verdade material não estaremos perante a verdade, pois a verdade é só uma.

Para o nosso estudo é ainda importante abordar, embora superficialmente, as duas teorias existentes quanto à função jurídico-processual da verdade material e da verdade formal, são elas, a teoria do paralelismo de funções e a teoria da dualidade de funções.

Para a *teoria do paralelismo de funções*, a verdade material e a verdade formal desempenham a mesma função, contudo em tipos diferentes de processo, subdividindo-se esta ideia em outras duas. A primeira ideia, é de que o fim da atividade probatória, em processo penal, é a verdade material, enquanto que, o fim da atividade probatória, em processo civil, é a verdade formal. A segunda ideia é a de que, no que respeita ao processo inquisitório, o fim da prova é a verdade material e no que respeita ao processo acusatório ou dispositivo, o fim da prova é a verdade formal⁷⁴.

Quanto à primeira ideia que faz parte da teoria do paralelismo, para ROSENFELD⁷⁵ a conclusão de uma condenação deve ser objetivamente certa, pelo que, a verdade material deve ser o fim do processo penal. Enquanto que para o processo civil é suficiente a verdade formal, uma vez que, o caso julgado em processo civil, não deve produzir efeitos no processo penal. No entanto, o caso julgado em processo penal, deve produzir efeitos no processo civil. WACH⁷⁶ reafirma a ideia de que em processo civil, a verdade é apenas um resultado ocasional, pelo que, não pode ser o fim do processo.

No que tange à segunda ideia, adjacente à teoria do paralelismo, está a comparação do princípio do dispositivo à verdade formal, sendo que uma depende da outra, ou seja, a necessidade de prova depende da conduta das partes pois, só é necessário produzir prova quanto aos factos

⁷⁴ Mendes, João de Castro, *Do Conceito De Prova Em Processo Civil*, Lisboa 1961, p. 394 a 396.

⁷⁵ In Ferrari, *La Verità Penale*, 11, nota 2 *apud* Mendes, João de Castro, *Do Conceito De Prova Em Processo Civil*, Lisboa 1961, pp 395 e Prof. Cavaleiro de Ferreira, curso III, 58 *apud* Mendes, João de Castro, *Do Conceito De Prova Em Processo Civil*, Lisboa 1961, p. 395.

⁷⁶ In Bernhart, *Die Aufklärung des Sachverhats im Zivilprozess*, in *Beitrage zum Zivilprozessrecht* (Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg), Munique e Berlim, 1949, 11 *apud* Mendes, João de Castro, *Do Conceito De Prova Em Processo Civil*, Lisboa 1961, p. 395.

alegados pelas partes, razão pela qual uma depende da outra⁷⁷, e a comparação do princípio do inquisitório à verdade material, uma vez que o juiz deve investigar a verdade de todas as afirmações levadas a litígio⁷⁸.

Passando á *teoria do dualismo de funções*⁷⁹, ela assenta na ideia de que a verdade material é o fim de qualquer processo e o seu resultado prático é a verdade formal. Portanto, para esta teoria a verdade material não é o fim apenas do processo penal, bem como, a verdade formal não é o fim somente do processo civil. A verdade material e a verdade formal são o fim e o resultado de qualquer processo, seja em matéria de penal ou civil.

Esta teoria ainda defende que o fim de qualquer processo é a verdade em si, pelo que, o processo que se regule unicamente pela prova livre, alcança necessariamente a verdade material, por ser aferida pelo julgador de forma direta. E o processo que se reja apenas pela prova tarifada atinge a verdade formal, uma vez que a atividade probatória é regida pelas normas jurídicas, aferindo-se a verdade de uma forma indireta, já que a atividade probatória é regulada pelas normas jurídicas.

Esta teoria tem ainda como ideia fundamental, de que em qualquer processo se atinge sempre a verdade formal⁸⁰, uma vez que a atividade probatória deve respeitar as normas jurídicas, assim, verificando-se o cumprimento das normas legais então o processo irá atingir a verdade formal. Esta é uma ideia que não oferece duvidas, aliás, oferece a certeza de que o resultado atingido está conforme a lei.

Este pensamento é típico de um sistema de prova tarifada pois não fará sentido num sistema puro de livre apreciação de prova, já que neste tipo de sistema a verdade pretende ser alcançada através da percepção direta do juiz, não sendo, portanto, regulada pela lei devido ao “seu carácter eminentemente psicológico, não pode ser objeto de nenhuma medida de limitação”⁸¹.

Portanto, perante estas duas teorias parece-nos mais adequada a teoria do dualismo de funções, visto que a finalidade do direito é o alcance da verdade material, seja em que matéria do

⁷⁷ Lehrbuch, 283 *apud* Mendes, João de Castro, Do Conceito De Prova Em Processo Civil, Lisboa 1961, p. 396.

⁷⁸ Lehrbuch, 283 *apud* Mendes, João de Castro, Do Conceito De Prova Em Processo Civil, Lisboa 1961, p. 396.

⁷⁹ Mendes, João de Castro, Do Conceito De Prova Em Processo Civil, Lisboa 1961, p. 397.

⁸⁰ Mendes, João de Castro, Do Conceito De Prova Em Processo Civil, Lisboa 1961, p. 400.

⁸¹ Guasp, Juez Y Hechos, p. 88 *apud* Mendes, João de Castro,, Do Conceito De Prova Em Processo Civil, Lisboa 1961, p. 401.

direito nos encontremos e para tal é necessário verificar a correta aplicação das leis, logo, a verdade formal.

Quanto às conotações de verdade, a verdade processual e a verdade formal são as verdades que precisamos nos certificar que atingimos para alcançar a verdade material, mas é preciso não esquecermos que a verdade é só uma, pelo o que pretendemos é que o caminho a fazer para chegar à verdade seja o necessário para colher os factos necessários ao processo e verificarmos que a atividade probatória decorreu com respeito pelas normas legais, sendo este um meio para atingir o resultado que será então a verdade material.

Em jeito de conclusão, em processo nunca será atingível uma verdade absoluta, no entanto o que desejámos atingir é a verdade material com o cumprimento da verdade formal, contudo o que pretendemos verificar ao longo do nosso estudo é se o que alcançamos, no final do processo, será a verdade material ou que conotação de verdade atingiremos. Por agora, parece-nos que a livre apreciação de prova irá levar a uma verdade subjetiva que é tida como adequada à realidade para o julgador, mas por ser subjetiva será assim também para as partes e para a população em geral?

Valor probatório dos meios de prova, das proposições factuais e da rede proposicional

Este capítulo é importante porque, a seguir iremos relacionar estes conceitos com duas teorias que serão apresentadas para a valoração da livre apreciação da prova.

Então, por agora cabe estabelecermos a definição de *valor probatório*, sendo ele a capacidade de um meio probatório demonstrar os factos. Portanto, se a natureza e as características de um meio prova forem regulares então a lei estabelece o seu valor probatório, como é o caso da prova documental. Mas, se as características do meio probatório e a sua natureza variarem, então a lei não consegue fixar um valor e este fica a cargo do juiz, como é o caso da prova testemunhal. Isto, que acabamos de dizer, traduz o *caráter abstrato* do meio probatório. O *caráter concreto* é

quando o meio probatório já se encontra inserido no processo, portanto, irá depender do contexto dos factos bem como do próprio objeto do meio probatório⁸².

Ora, o valor probatório refere-se ao grau de certeza com que as provas demonstram a realidade dos factos, portanto, quanto maior for o grau de certeza, maior será o valor probatório.

A nossa lei estabelece então três valores probatórios a prova bastante, a prova plena e a prova pleníssima.

A prova bastante apenas pode ser contrariada através de contraprova (artigo 346º do CC), criando duvida e incerteza sobre a realidade do facto.

Já a prova plena sucumbe perante prova em contrário (artigo 347º CC), ou seja, demonstrando um facto contrário ao demonstrado pela prova.

E, por último, a prova pleníssima não cede perante nenhuma das anteriores.

Portanto, quando o carácter abstrato do meio probatório for variável então o legislador, como já dissemos, não consegue fixar o seu valor probatório, cabendo ao juiz atribuir o valor ao meio probatório de acordo com a sua prudente convicção. A isto chamamos de livre apreciação de prova⁸³.

Assim, os meios probatórios são a base da rede proposicional, portanto, a verdade das proposições irá depender dos meios probatórios. Assim, quanto maior for o apoio que os meios de prova derem à rede proposicional, maior a probabilidade de as proposições factuais serem verdadeiras, logo, que os factos alegados pelas partes sejam correspondentes à realidade factual⁸⁴.

⁸² Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 180.

⁸³ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 181.

⁸⁴ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 182.

Quanto às proposições, existe uma relação de dependência entre elas, as proposições que integram a rede proposicional, as provas que as suportam, e a situação do caso em concreto, portanto, tem um valor probatório concreto, visto que é aferido na pendência do processo⁸⁵.

No que concerne à rede proposicional a lógica será a mesma, o valor probatório é aferido em concreto, de acordo com a força que uma rede de proposições dá à conclusão inferencial, pelo que irá depender também do valor probatório dos meios de prova e ainda, da coerência existente dentro da rede proposicional⁸⁶.

Portanto, quanto maior for o valor probatório de um meio de prova e, quanto maior for a força que uma rede proposicional dá à conclusão inferencial, maior será a probabilidade da conclusão inferencial corresponder à realidade⁸⁷, que como já se estabeleceu é alcançada pela conformidade entre os factos alegados e as provas. Alegações de facto que se transformam em proposições factuais, que irão gerar uma conclusão inferencial, que irá traduzir a realidade/verdade.

Na livre apreciação de prova, o juiz atribuiu o valor probatório de acordo com a sua prudente convicção, podendo fixá-la como prova bastante, prova plena ou prova pleníssima. Tomemos por exemplo a prova testemunhal, que é livremente valorada pelo juiz. Esta, normalmente tem o valor de prova bastante, mas o juiz pode atribuir o valor de prova plena. Quando uma rede proposicional é suportada por vários meios probatórios, é provável que não tenham todos o mesmo valor probatório. Ora o problema reside quando dentro de uma rede proposicional os valores probatórios dos meios probatórios são diferentes, isto irá gerar premissas probatórias contraditórias e, portanto, a coerência da rede proposicional será colocada em causa⁸⁸.

⁸⁵ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 180.

⁸⁶ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 182 e 183.

⁸⁷ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 183.

⁸⁸ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 184 e 185.

O mesmo acontece quanto às proposições factuais, ou seja, se existirem proposições contraditórias sustentadas por meios probatórios com valores probatórios diferentes, a conclusão inferencial terá uma maior probabilidade de não corresponder à verdade, mas se as proposições factuais forem coerentes entre si e o valor probatório delas for igual, então o grau de certeza da conclusão inferencial será absoluto. No entanto, se as proposições factuais da mesma rede proposicional forem coerentes, mas sustentadas por meios probatórios de valor inferior, então a probabilidade de a conclusão inferencial corresponder à realidade é novamente menor⁸⁹.

Posto isto, verificamos que o grau de coerência da rede proposicional irá colocar em causa o grau de certeza da conclusão inferencial, portanto, como a base do problema coloca-se logo nos meios probatórios, é necessário o verificar o valor atribuído aos mesmos e torna-se da maior importância aferir como é feita a atribuição do valor probatório à prova livremente apreciada pelo juiz. CLÁUDIA TRINDADE afirma que para aumentar o grau de certeza da conclusão inferencial é necessário conciliar a verificação do valor probatório, atribuído ao meio de prova livremente apreciado pelo juiz, com a ponderação quantitativa dos meios probatórios e recorrer às máximas de experiência⁹⁰.

Questiono se é suficiente, uma vez que as regras de máxima e experiência são sempre determinadas pelo juiz da causa e, portanto, será diferente de juiz para juiz, o que, a nosso ver, acaba por se traduzir em subjetividade. E do ponto de vista das partes arbitrário, pois se apanharem um juiz favorável à sua causa, será mais fácil de decidir a seu favor, quase como uma roleta russa.

No entanto, a questão da valoração de prova quanto à livremente apreciada pelo juiz, será aprofunda em capítulo próprio.

Teorias do processo

⁸⁹ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 184 e 185.

⁹⁰ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 184 e 185.

Existem várias teorias, quanto à função do processo na decisão do juiz para alcançar a verdade no processo. No presente capítulo iremos abordar algumas dessas teorias, que nos parecem mais pertinentes na compreensão do presente estudo, a fim de tomarmos uma posição quanto à que nos parece mais adequada na solução da livre apreciação de prova segundo a prudente convicção do juiz.

São, portanto, três as teorias que iremos abordar. Na primeira concepção, uma das formulações mais coerentes e difundidas nos Estados Unidos, defendida por ROSCOE POUND⁹¹, o julgamento é visto como uma competição desportiva, em que o que importava era a resolução do caso através das provas levadas ao processo pelas partes. O juiz não tinha qualquer poder decisório quanto aos critérios de resolução a aplicar, apenas limitava-se a verificar quem perdia e quem ganhava, funcionando como um árbitro.

A segunda concepção, baseada no pensamento de JEROME BRUNER⁹² é a teoria das narrativas, em que o processo é visto como uma sequência de narrativas, na qual cada parte descreve os factos relevantes para o processo.

A última concepção, vê o processo também como uma forma de resolver conflitos, no entanto cabe ao juiz a decisão através da aplicação da lei aos factos que fazem parte do processo, é a teoria mais difundida na Europa⁹³.

No que respeita à concepção falada em primeiro lugar, a teoria em que o julgamento é visto como uma competição desportiva, o importante é apenas que a decisão seja eficaz na resolução do

⁹¹ Taruffo, Michele, *Verità e prova nel processo*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile, fasc.4,1, Dicembre 2018, pag. 1305 disponível em https://dejure.it/#/ricerca/dottrine_documento?idDatabank=13&idDocMaster=7759950&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&docIdx=4&semantica=0&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false consultado em 20/04/2020.

⁹² Taruffo, Michele, *Verità e prova nel processo*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile, fasc.4,1, Dicembre 2018, pag. 1305 disponível em https://dejure.it/#/ricerca/dottrine_documento?idDatabank=13&idDocMaster=7759950&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&docIdx=4&semantica=0&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false consultado em 20/04/2020.

⁹³ Taruffo, Michele, *Verità e prova nel processo*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile, fasc.4,1, Dicembre 2018, pag. 1305 disponível em https://dejure.it/#/ricerca/dottrine_documento?idDatabank=13&idDocMaster=7759950&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&docIdx=4&semantica=0&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false consultado em 20/04/2020 .

conteúdo, ou seja, pouco importa o conteúdo da decisão⁹⁴. Como podemos verificar e atento ao sistema que utilizamos, parece inadmissível que o conteúdo da decisão não seja importante para qualquer teoria, pois é no conteúdo que podemos verificar a validade ou não da decisão proferida.

Já na teoria das narrativas, o juiz deve aderir a uma das narrativas expostas, portanto, deve optar pela melhor narrativa, no entanto, embora pareça tarefa simples não o é, pois, o difícil é precisamente determinar, de forma nítida, qual é a boa narrativa. Apenas é possível perceber qual a melhor narrativa tendo em conta o senso comum, ou o que é visto como normal. No entanto, esta forma de aderir à melhor narrativa, acarreta riscos e preconceitos atinentes a quem julga. Outro problema é que a narrativa pode parecer bem estruturada e coerente e, no entanto, encontrar-se carregada de alegações falsas, portanto, como é possível aderir a uma narrativa não sabendo se o que é dito na mesma é verdadeiro ou falso? O juiz poderia estar a aderir a uma narrativa coerente, no entanto, a sua descrição ser incorreta e, portanto, não seria possível confiar na mesma⁹⁵. Portanto, para esta teoria verificar a validade dos factos não é importante, e isso levará a que a decisão possa ser inválida, pois por mais coerente ou boa que possa ser a narrativa, o seu conteúdo pode ser desprovido de verdade. Assim, parece-nos que a prova dos factos deve ser um elemento essencial para determinar o que é verdade e o que não é e assim ter uma decisão válida e verdadeira.

A última conceção, em que o processo é resolvido através da aplicação correta da lei aos factos, é vista como uma estrutura condicional em que existem duas afirmações. Uma é a premissa, que irá estabelecer quando a condição em que a lei é aplicada, e a outra é a consequência, que define os efeitos legais aplicados ao caso em concreto. Cada facto irá corresponder a um facto descrito na lei e verificando-se a ocorrência do facto, então a consequência legal será aplicada. O facto é o objeto central desta teoria e é introduzido no processo em forma de narrativa pelas partes, pelo que cabe ao juiz verificar a verdade dos factos, e só quando se verifica que o facto é verdadeiro é que se aplica a regra legal, ou seja, a verdade factual da narrativa é condição necessária para a

⁹⁴ Taruffo, Michele, *Verità e prova nel processo*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile, fasc.4,1, Dicembre 2018, pag. 1305 disponível em https://dejure.it/#/ricerca/dottrine_documento?idDatabank=13&idDocMaster=7759950&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&docIdx=4&semantica=0&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false consultado em 20/04/2020 .

⁹⁵ Taruffo, Michele, *Verità e prova nel processo*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile, fasc.4,1, Dicembre 2018, pag. 1305 disponível em https://dejure.it/#/ricerca/dottrine_documento?idDatabank=13&idDocMaster=7759950&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&docIdx=4&semantica=0&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false consultado em 20/04/2020.

aplicação da norma legal e esta é condição necessária para que se atinga uma decisão justa⁹⁶. Na minha opinião, além de ser o modelo que o nosso sistema jurídico utiliza, de facto este modelo parece-me o mais correto de acordo com os argumentos apontados na negativa quanto aos modelos supra. Verifica-se ainda que, este modelo é o que confere mais confiança, à população, na decisão tomada pelo juiz, porque é possível verificar a verdade de um facto e consequentemente que a decisão é verdadeira e justa.

No entanto é ainda necessário perceber como se realiza o juízo decisório do juiz, pois conforme foi dito, parece que é um processo fácil para atingir a verdade, mas, como iremos ver nos próximos capítulos, há inúmeras condicionantes a ter em atenção.

Como se realiza o processo decisório do juiz para determinar a decisão

Teoria da coerência e Teoria da correspondência

- Verdade proposicional, qual o critério a seguir: correspondência ou coerência?

No capítulo referente às conotações de verdade, verificamos que ela é o fim do processo e até então a verdade alcançada é a verdade material devendo ser verificado, ao longo do processo, o cumprimento da verdade formal.

No presente capítulo iremos tentar perceber que critério de verdade deve ser utilizado nas proposições factuais para aferir da sua correspondência à realidade.

Desde já podemos deixar assente que o processo decisório do juiz se caracteriza por uma lógica dedutiva quanto às proposições factuais afirmadas pelas partes. Mas estas proposições factuais trazem questões que precisam de ser abordadas para entendermos o processo decisório do juiz. Desde logo, o conceito de verdade utilizado, a estrutura de conhecimento recorrida pelo juiz, a justificação por ele utilizada e o papel da sua linguagem. Pois que, diferentes concepções de

⁹⁶ Taruffo, Michele, *Verità e prova nel processo*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile, fasc.4,1, Dicembre 2018, pag. 1305 disponível em https://dejure.it/#/ricerca/dottrine_documento?idDatabank=13&idDocMaster=7759950&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&docIdx=4&semantica=0&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false consultado em 20/04/2020.

verdade e de conhecimento irão gerar formas diferentes de visualizar o processo de formação da convicção do juiz, portanto é necessário compreender qual a estrutura lógica utilizada, a justificação recorrida na racionalidade do juiz, o porquê da utilização daqueles critérios normativos utilizados naquela decisão e por último, a finalidade do processo.

O conceito de verdade que por agora nos interessa é o conceito relacional de verdade, ou seja, a relação entre as proposições e a própria realidade. As proposições irão descrever a realidade, portanto, é necessário aferirmos qual a melhor teoria a utilizar na relação entre estes dois termos, para aferir a verdade.

Portanto, já sabemos que existem duas teorias, a da correspondência e a da coerência. De forma simples e para primeiro percebermos os conceitos, a primeira teoria será a correspondência entre as proposições e a realidade e a segunda teoria refere-se à coerência entre as proposições e a realidade.

Portanto, é através das proposições (alegações) e dos meios probatórios que iremos atingir a verdade. Verdade que apenas poderá ser aferida em termos probabilísticos, que em Direito quer dizer que é a probabilidade mais elevada de coincidência entre a hipótese factual apresentada e a situação factual real.

Posto isto, passemos a aprofundar um pouco mais cada teoria para perceber as suas implicações e assumir uma posição.

Teoria da correspondência

A teoria da correspondência⁹⁷, consiste em aferir a verdade através da correspondência entre uma proposição e os factos objetivos descritos por ela, ou seja, o mundo real. Se aceitarmos que existe um mundo objetivo que é independente das representações humanas, então a verdade será independente das convicções do juiz. Ou seja, a convicção do juiz não determina se a proposição

⁹⁷ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 153 a 158.

corresponde à verdade ou não. Portanto, o juiz pode estar convicto da verdade da proposição, mas ela ser falsa.

TARUFFO defende que a verdade é a correspondência das proposições aos factos, pois é a realidade que decide a verdade, vendo a verdade como algo realista⁹⁸.

No entanto, o problema consiste quando o juiz não percebe que atingiu a verdade. Isto acontece, porque todas as representações humanas de realidade são influenciadas pelo contexto histórico, cultural e pessoal de cada um, o que leva a que cada juiz filtre a realidade tornando-a subjetiva, o que poderá resultar em verdades diferentes para juízes diferentes. No entanto, apesar do juiz poder não ter a percepção de ter atingido a verdade, isso não invalida que ela seja atingível, o que irá fazer é que ela não seja conhecível para o juiz. O que constitui um problema, porque se o juiz não tem conhecimento de ter atingido a verdade, provavelmente não irá decidir de acordo com ela.

No Direito, para se conseguir chegar a uma conclusão, quer seja de verdade ou não, é necessário transformar a realidade em proposições para que seja possível utilizar um raciocínio lógico e chegar à tal conclusão. Portanto, é possível perceber que irá gerar alguma diferença entre a realidade e a proposição factual pois ela foi transformada, então já não será cem por cento fiel à realidade.

Uma corrente mais moderada da correspondência⁹⁹ afirma que, quanto ao conhecimento direto dos factos objetivos, não é possível ter esse conhecimento, apenas é possível aferir a coerência entre uma proposição e um conjunto de proposições já existentes.

CLÁUDIA TRINDADE¹⁰⁰ defende que existem situações em que é possível o juiz perceber de forma direta a realidade e, portanto, deve ser utilizada a teoria da correspondência nesses casos, dado não ser necessário um processo lógico para justificar a proposição. Parece-nos evidente que

⁹⁸ Taruffo, Michele, *La verità nel processo*, Riv. trim. dir. proc. civ., fasc.4, 2012, pag. 1117, disponível em https://dejure.it/#/ricerca/dottrine_documento?idDatabank=13&idDocMaster=3673416&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&docId=16&semantica=0&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false, consultado em 04/2020.

⁹⁹ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 156.

¹⁰⁰ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 156 a 157.

há factos simples que são imediatamente percecionáveis através dos sentidos, como é o caso dos fenómenos naturais, como a chuva, a trovoada, o calor, ou dos objetos físicos, como a laranja, ou uma mesa, há, portanto, uma relação causal entre a existência do facto e a sensação vivenciada pelo juiz.

No entanto, quando a factualidade é expressa através de proposições complexas, não é possível ter um conhecimento total da verdade, pois a realidade foi transformada em proposições ficando condicionada à linguagem e à subjetividade das representações daquela parte e não uma percepção direta, por meio das sensações do juiz. Nestes casos, as proposições não irão corresponder a enunciados sobre a totalidade da situação fáctica, portanto não será possível atingir a verdade absoluta, mas sim a verdade daquela parte, ou seja, uma verdade individual.

Posto isso, faz-nos sentido a utilização desta teoria da correspondência nas proposições simples, em que é possível o juiz percecioná-las diretamente¹⁰¹, como quando se trata da percepção de fenómenos naturais, portanto, deverá ser utilizada em casos limitados, nos restantes casos, aqueles que o juiz não tem conhecimento direto do facto, preciso de avançar no estudo para assumir uma posição.

Teoria da coerência

Para esta teoria, a condição de verdade de uma proposição consiste em outras proposições, portanto, os defensores desta teoria afirmam que as proposições têm condições de verdade, pelo que, devemos analisar essas condições e as relações que estas mantêm com as proposições¹⁰².

Dentro da teoria da coerência existem várias visões. A mais radical¹⁰³, afirma que a verdade de uma proposição apenas pode ser alcançada através da sua coerência com um conjunto de outras

¹⁰¹ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 156 a 157.

¹⁰² Young, James, The Coherence Theory of Truth, 1996, disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence>, consultado em 10/2019.

¹⁰³ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 155.

proposições, pois acreditam que o ser humano não se consegue afastar das suas convicções, portanto as proposições não podem corresponder a factos objetivos, têm de ser coerentes com outras proposições.

Os defensores da teoria mais radical têm uma visão idealista e uma visão cognitiva sobre a realidade. Idealista, porque apenas acreditam na realidade que é conhecível, portanto, as proposições não podem traduzir representações da realidade, mesmo que ela exista, pois, para estes defensores, ela não existe porque eles não a conhecem. Cognitiva porque, para eles, a verdade reside num conjunto de convicções que são coerentes entre si e, portanto, são previamente aceites como verdadeiras.

Existem ainda outras defesas, no que concerne à teoria da coerência. Uma delas é a de que a relação de coerência é a consistência, em que uma proposição se for coerente com um conjunto específico de proposições, então é consistente com esse conjunto¹⁰⁴.

Outra versão é a de que a relação de coerência é uma forma de consequência lógica. Nesta versão, uma proposição é coerente com um conjunto de proposições se, e apenas se, for consequência lógica de outra que faça parte do conjunto¹⁰⁵.

Versão diferente é a defendida por BRADLEY¹⁰⁶, em que a coerência tanto é explicativa como constitui um apoio entre proposições, ou seja, a proposição tem de explicar e suportar o conjunto de proposições onde se insere.

O problema teoria da coerência, em geral, coloca-se sob como o conjunto específico de proposições é formado, ou seja, quem estabelece a verdade e quando se institui a verdade, portanto, como e quem.

¹⁰⁴ Young, James, The Coherence Theory of Truth, 1996, disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence>, consultado em 10/2019.

¹⁰⁵ Young, James, The Coherence Theory of Truth, 1996, disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence>, consultado em 10/2019.

¹⁰⁶ Young, James, The Coherence Theory of Truth, 1996, disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence>, consultado em 10/2019.

Quanto ao quem, YOUNG¹⁰⁷ acredita que deve ser o maior e mais consistente conjunto de proposições em que a população acredita, portanto, a questão coloca-se em termos de quantidade e consistência das proposições.

PUTNAM¹⁰⁸ defende que deverá ser o conjunto de proposições em que a população geral acredita, depois da sua verdade ter sido suficientemente questionada.

A última visão¹⁰⁹ defende que o conjunto específico de proposições deve ser aquele em que um ser onisciente acreditaria.

No entanto, todas estas visões rejeitam a verdade enquanto realidade pois todas baseiam-se na crença de verdade, ou seja, apenas acreditam no conjunto de proposições que já foram pré-definidas e aceites, por todos, como verdade, portanto, não admitem que uma proposição seja verdade mesmo que não seja possível conhecê-la. Para o Direito, é possível que não se consiga conhecer a verdade (por exemplo, quando as provas não sejam suficientes) mesmo assim é necessário encontrar uma verdade, porque a causa não pode acabar num *non liquet*, tem de ter uma resolução e essa continua-nos a parecer que será a conformidade entre as proposições e as provas. De qualquer das formas, parece óbvio que a base desta teoria tem alguma razão, pois parece-me que as proposições têm de ser coerentes dentro da rede/conjunto a que pertencem, se não, a conclusão inferencial não será verdadeira.

A favor, há quem argumente que a realidade é uma coleção de crenças, por isso a verdade de uma crença consiste na sua coerência com outras crenças¹¹⁰. Mas há também outro argumento, que vê a coerência enquanto justificação, ou seja, a coerência com um conjunto de crenças é vista como um teste de verdade, mas a verdade reside na correspondência do conjunto de crenças com os factos¹¹¹.

¹⁰⁷ Young, James, The Coherence Theory of Truth, 1996, disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence>, consultado em 10/2019.

¹⁰⁸ Young, James, The Coherence Theory of Truth, 1996, disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence>, consultado em 10/2019.

¹⁰⁹ Young, James, The Coherence Theory of Truth, 1996, disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence>, consultado em 10/2019.

¹¹⁰ Young, James, The Coherence Theory of Truth, 1996, disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence>, consultado em 10/2019.

¹¹¹ Young, James, The Coherence Theory of Truth, 1996, disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence>, consultado em 10/2019.

Este último argumento aproxima-se da nossa visão de verdade. É certo que há um cem número de factos que temos como dado adquirido. Como verdadeiro. É o caso de o céu ser azul, o sol amarelo, a relva verde que são factos perçetíveis de forma direta, portanto, se alguém disser que o céu está azul, mesmo que ainda não tenhamos olhado pela janela, acreditamos que o céu estará azul. Pelo contrário, se nos disserem que o sol está verde, não vamos acreditar, porque temos a verdade pré-definida que o sol é amarelo. No entanto, utilizar a teoria da coerência como teste de verdade, ainda nos gera algumas dúvidas. Desde logo, porque, para admiti-la como teste é necessário admitir a sua fiabilidade¹¹², dado que qualquer teste tem margem de erro. Depois, porque é possível compreendermos se a proposição é coerente com a nossa crença, mas isso não confere verdade à proposição, pois não é possível aferir se há correspondência com a verdade, apenas encontra correspondência com a *minha* crença.

Portanto, a condição de verdade de uma proposição é aferida pelo conjunto de proposições, em que se acredita, com a qual é coerente, ou seja, a proposição só será verdadeira se e apenas se for coerente com o conjunto específico de proposições.

Coerência – no contexto do presente estudo

Posto isto, iremos verificar o que significa coerência, propriamente dita, no contexto do presente estudo.

Existem vários tipos de coerência entre proposições, contudo, para o nosso estudo, o relevante são as relações lógicas entre proposições, que poderão ser de consistência lógica, *implicação lógica lato sensu* e *implicação lógica strictu sensu*¹¹³.

Quanto à consistência lógica, ela existe quando o conteúdo entre as duas proposições, é congruente ou conciliável¹¹⁴.

¹¹² Young, James, The Coherence Theory of Truth, 1996, disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence>, consultado em 10/2019.

¹¹³ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 169.

¹¹⁴ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 169.

No que respeita à *implicação lógica lato sensu*, ela existe quando duas proposições proporcionam, entre si, apoio explicativo ou interpretativo¹¹⁵.

Por último, *implicação lógica stricto sensu*, consiste quando apenas uma proposição é implicada pelas restantes proposições que integram o mesmo grupo de proposições¹¹⁶.

A relação de coerência entre duas premissas probatórias

Para que duas premissas probatórias sejam coerentes entre si, o seu conteúdo tem de ser consistente, ou seja, não se podem contradizer em simultâneo ou excluírem-se mutuamente, portanto, é necessário que haja uma relação lógica de consistência, tal como nas proposições factuais¹¹⁷.

Posto isto, cumpre percebermos como funciona o raciocínio dedutivo de coerência, enquanto teste de verdade. Ora o raciocínio dedutivo tem uma relação de implicação entre as proposições e é formado na verticalidade resultado em uma proposição factual, ou seja, funciona a partir de uma verdade, passa-se para a segunda verdade que é implicada pela primeira, e da segunda verdade passa-se para a terceira que é implicada pela segunda¹¹⁸.

O tipo e implicação lógica difere entre premissas probatórias e proposições factuais, e difere entre proposições factuais e conclusão inferencial¹¹⁹.

¹¹⁵ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 169.

¹¹⁶ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 169.

¹¹⁷ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 169 – 171.

¹¹⁸ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 169.

¹¹⁹ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 170.

Já sabemos que, as premissas probatórias têm de fornecer apoio explicativo ou interpretativo, às proposições factuais, o que se traduz numa relação de *implicação lógica stricto sensu*, assim, de um conjunto probatório pode resultar mais do que uma proposição factual¹²⁰.

Ora, a implicação lógica *stricto sensu* pressupõe uma relação de implicação, exclusivamente entre um dado conjunto de premissas probatórias e uma proposição factual. Enquanto que, na implicação lógica *lato sensu* não existe uma relação de necessidade, pelo que, não há exclusividade na relação de implicação entre um dado conjunto de premissas probatórias e apenas uma proposição factual, ou seja, um determinado conjunto de premissas probatórias pode implicar/resultar em mais do que uma proposição factual¹²¹.

No que respeita à conclusão inferencial, esta para ser coerente com um conjunto de proposições factuais tem de ser obrigatoriamente implicada pelas proposições factuais, ou seja, de um conjunto de proposições factuais resulta apenas uma conclusão inferencial e não pode nunca resultar mais do que uma¹²².

Concluindo, em primeiro lugar, temos as premissas probatórias, que são o resultado da atividade probatória. Em segundo lugar, temos as proposições factuais, que se traduzem na descrição dos factos, a causa de pedir. E das duas, iremos retirar uma conclusão inferencial.

Ora, é necessário que exista uma relação de coerência para que resulte uma conclusão inferencial verdadeira. Para tal, é preciso que haja uma implicação lógica que é própria dos raciocínios dedutivos e que são aptas a traduzirem relações verticais¹²³, as quais irão resultar na nossa conclusão inferencial.

¹²⁰ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 170.

¹²¹ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 170

¹²² Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 170

¹²³ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 169

A implicação lógica que será efetuada entre premissas probatórias e proposições factuais é uma relação de implicação *lato sensu*¹²⁴. E das proposições factuais iremos novamente, através da relação de implicação, retirar uma conclusão inferencial em que esta última tem de estar implicada obrigatoriamente com as proposições factuais, que haviam sido implicadas pelas premissas factuais, portanto uma relação de implicação *stricto sensu*¹²⁵. Só havendo esta relação de implicação vertical, entre premissas factuais e proposições factuais e entre proposições factuais e conclusão inferencial é que haverá coerência e, portanto, uma decisão verdadeira. Portanto, se algum destes passos falhar, já não iremos alcançar uma conclusão verdadeira. Sendo então necessário aplicar o grau mais exigente de coerência às proposições factuais e se estas não implicarem, obrigatoriamente, uma das conclusões inferenciais possíveis, então irá gerar-se uma situação *non liquet* sendo o caso concreto resolvido contra a parte a quem o facto aproveita quanto a litígios de matéria cível. Nos litígios de matéria penal o arguido será absolvido.

Coerência narrativa - factos passados

Quanto aos factos passados, não é possível utilizar a teoria da correspondência, visto que o juiz não consegue percecionar as proposições de forma direta, uma vez que a análise recai sobre factos passados, ou seja, sobre proposições que descrevem um acontecimento ou comportamento, ou um conjunto de cada um que têm como característica comum terem acontecido no passado, portanto, não será possível realizar um juízo sobre uma realidade factual em bruto.

Primeiramente, o juiz irá selecionar os factos relevantes que irão permitir a reconstrução dos acontecimentos, com base na subsunção deles a uma norma jurídica. Dado que os acontecimentos passados, apenas podem ser descritos através de conceitos e categorizados através da linguagem, qualquer seleção ou representação realizada pelo juiz será condicionada/filtrada por um sistema de classificação construído pelas suas próprias convenções mentais e a sua arbitrariedade.

¹²⁴ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 171

¹²⁵ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 171

Portanto, a escolha que o juiz irá fazer sobre que facto irá levar a juízo será sempre influenciada pelo seu pré-entendimento dos factos, bem como pela sua vivência, experiência, cultura, meio onde se insere, carácter, entre outros fatores. Todos eles, irão contribuir para condicionar a abordagem do julgador aos factos, à sua compreensão sobre eles e à atribuição de relevância que dará aos mesmos.

Além do mais, durante o processo judicial, o juiz nunca irá dispor de todos os factos que fazem parte da situação controvertida, nem de todos os meios de prova que poderão comprová-los. Por isso mesmo, a construção de enunciados fácticos que o juiz fará serão filtros da realidade, ou seja, serão representações mentais da interpretação feita à factualidade disponível, que será composta pelas provas que as partes levaram ao processo. Mas para além disso, a situação controvertida, também será condicionada pelos entendimentos prévios já estabelecidos, e os objetivos traçados no tratamento da situação factual.

Ora, as representações proposicionais da realidade construídas através de sistemas de conceitos arbitrariamente criados em conjunto com os fatores acima enunciados, impedem que o juiz perceba que atingiu a verdade, dado que ele é influenciado pelos fatores subjetivos sobre os quais não se consegue distanciar, e, portanto, levá-lo-á a comparar as representações que realizou com o mundo subjetivo¹²⁶. Portanto, quanto aos factos sobre os quais consegue ter conhecimento direto, deverá utilizar o critério da correspondência e quanto aos factos sobre os quais não consegue ter conhecimento direto, deverá utilizar o critério da coerência entre as proposições que se vão formando ao longo do pleito.

Na nossa opinião a decisão do juiz terá sempre uma margem de erro, uma vez que se baseia em representações da realidade sempre incompletas, no entanto, “a verdade transcende o conjunto das convicções”¹²⁷. Pelo que, deverá então ser utilizado, a nosso ver, o critério da coerência entre proposições, o qual “é consentâneo com a defesa da probabilidade de correspondência como valor

¹²⁶ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 160.

¹²⁷ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 160.

que se pode atingir com a atividade decisória”¹²⁸. Então, uma proposição terá uma maior probabilidade de ser verdadeira quanto maior for a coerência proposicional e, menor probabilidade quanto menor for a coerência proposicional, mas nunca será uma correspondência em absoluto, portanto a coerência apenas pode ser um mero indicador. Quer isto dizer que, a coerência deverá ser o critério de aferição da correspondência, e as mesmas deverão ser compatíveis e não antagónicas, ao contrário da posição defendida por BLANSHARD¹²⁹, que vê a coerência como um teste de verdade em que ela não pode consistir na correspondência, o que pressupõe que a coerência e correspondência excluem-se mutuamente.

Coerência entre proposições - como aferir

Para alcançarmos a verdade, primeiro de tudo é necessário que haja coerência narrativa, pois caso contrário não será possível retirar uma conclusão inferencial verdadeira. Portanto, existe coerência narrativa, se houver coerência nas proposições que são levadas a juízo e isso quer dizer que é necessário que haja coerência nos acontecimentos descritos pelas partes, dado que, como já estabelecemos anteriormente, os factos passados são levados ao processo através das proposições. Mas a coerência da descrição dos acontecimentos tem de o ser quanto à causa e à motivação/finalidade da parte, pois só assim será atribuída credibilidade e relevância à descrição feita por ela¹³⁰.

Portanto, como o juiz verifica que existe coerência entre proposições, e como ele seleciona a proposição e o conjunto de proposições com o qual deve haver coerência?

No momento inicial do processo ainda não se realizou a atividade probatória, portanto, o que se pretende é aferir a “coerência espaço-temporal meramente causal e motivacional entre as

¹²⁸ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 160.

¹²⁹ Blanshard, *apud* Young, James The Coherence Theory of Truth, 1996, disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence>, consultado em 10/2019.

¹³⁰ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 162.

proposições factuais e a conclusão inferencial”¹³¹, ou seja, se em termos de local e a altura (tempo) em que se passou a causa e a motivação do indivíduo, descrita nos factos, é coerente com a conclusão inferencial retirada pelo juiz. Para isso, é necessário um elemento externo que sirva de base ao raciocínio de coerência. E esse elemento externo é a prova. É ela que irá servir de base ao teste de verdade da coerência narrativa. Não poderia ser através das regras e máximas de experiência, porque iria traduzir-se num raciocínio de probabilidade e não se pretende de um juiz, nem do Direito, uma fundamentação baseada em probabilidade ou em verosimilhança, para além disso, a decisão, não se iria traduzir num fundamento racional, e, portanto, não poderia ser objeto de controlo externo, quer pelas partes, quer pelo tribunal superior, quer por terceiros¹³².

Quanto aos meios probatórios que irão servir de base ao teste da coerência e que sejam diretamente percecionados pelo juiz¹³³, deve ser utilizada, a meu ver, a teoria da correspondência. E será precisamente através desta relação de correspondência que se estabelece a verdade das premissas probatórias. Dado que estas foram diretamente percecionadas pelo juiz, então estarão mais próximas da realidade em bruto.

Chegado a este momento as premissas probatórias já serão capazes de constituírem um critério de verdade para as proposições factuais, devido ao seu processo de formação e à sua base¹³⁴.

Portanto, as premissas probatórias formam-se a partir dos meios probatórios e a coerência entre as proposições factuais e as premissas probatórias permite definir o valor de verdade, ou seja, cada proposição fatural só será verdadeira se for coerente com um conjunto de premissas probatórias. Uma vez que estas últimas se formaram a partir dos meios probatórios, então, conclui-

¹³¹ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 162.

¹³² Carrata, Antonio, Prova e Convincimento del Giudice nel Processo Civile, Rivista di Diritto processuale, I Cedam, Milani, 2003, p. 44-46.

¹³³ Página 43, 2º parágrafo.

¹³⁴ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 164.

se que o conjunto específico de proposições são as premissas probatórias que resultaram da atividade probatória e estas formam o critério de verdade de cada uma das proposições factuais¹³⁵.

Aqui chegados, através da relação de coerência entre as premissas factuais e as premissas probatórias, já é possível identificar os factos dados como provados e os factos dados como não provados. Ou seja, serão dados como factos provados, as premissas factuais que sejam coerentes com o conjunto de premissas probatórias que já foram estabelecidas como verdadeiras. E serão dados como não provados, os factos que não sejam coerentes com as premissas probatórias. Através dos factos provados, o juiz está apto a efetuar uma conclusão inferencial, sendo esta efetuada “através de uma operação mental na qual uma verdade é dada pela sua relação com outra verdade e assim sucessivamente”¹³⁶.

A conclusão inferencial sendo coerente com as premissas factuais, será uma conclusão verdadeira. Portanto, a verdade da conclusão inferencial depende da coerência entre a conclusão e o conjunto de proposições factuais¹³⁷.

O objetivo final é chegar a uma conclusão inferencial que preencha a previsão de uma norma jurídica, e para o juiz lá chegar, por enquanto faz sentido percorrer o caminho da coerência, utilizando, contudo, o critério da correspondência para as premissas probatórias, afim de estabelecer o valor de verdade e, o critério da coerência para o confronto entre as premissas probatórias e as proposições factuais, afim de atingir uma conclusão inferencial verdadeira.

Rede proposicional – caso de maior complexidade de premissas probatórias

¹³⁵ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 164.

¹³⁶ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 164.

¹³⁷ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 164.

Existem processos em que serão utilizados diversos meios de prova ou até apenas um, mas que irá originar premissas probatórias diferentes. Este tipo de pleito terá uma maior complexidade, portanto é necessário perceber como se afere a coerência nos mesmos.

A rede proposicional é composta por premissas probatórias, por proposições factuais e por conclusões inferenciais, portanto, as premissas probatórias que advêm dos meios de prova poderão ser, ou não, coerentes com várias proposições factuais, ou ainda com um conjunto de proposições factuais que sustente mais do que uma conclusão inferência. Assim, é necessário, em primeiro lugar, que haja coerência entre as premissas probatórias, mas também, que haja coerência entre as proposições factuais. Ou seja, é necessário que haja coerência a nível vertical (coerência entre premissa probatória, proposição factual e conclusão inferencial) e que haja coerência a nível horizontal (entre o conjunto de premissas probatórias; entre proposições factuais; entre cada conclusão inferencial)¹³⁸.

Para que a decisão jurisprudencial corresponda à realidade, é necessário que se verifique coerência vertical e horizontal, caso contrário a decisão do juiz estará ferida de erro¹³⁹.

É possível que, determinado meio de prova ou até diferentes meios de prova, dêem origem a premissas probatórias contraditórias ou inconsistentes entre si¹⁴⁰. Então nesses casos como resolvemos incoerência?

Ora, se a incoerência advier de um meio probatório ou de diferentes meios probatórios o juiz terá de recorrer a outro meio probatório, para verificar se sustenta ou se exclui a premissa que gerou a incoerência e assim alcançar a conclusão inferencial¹⁴¹.

Mas como determinar qual a premissa probatória que se mantém na rede?

¹³⁸ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 165.

¹³⁹ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 167.

¹⁴⁰ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 167.

¹⁴¹ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 167.

Existem duas hipóteses. O juiz poderá aferir o número de provas que apoia cada uma das premissas. Ou poderá comparar a força probatória dos meios probatórios que sustentam cada uma das premissas probatórias que entram em contradição entre si. Desta forma já será possível determinar qual a premissa probatória que deverá ser afastada. Se a premissa que terá menos provas a sustentá-la ou se a premissa cuja sua força probatória, em comparação com as restantes, é sustentada por menor força probatória¹⁴².

Por exemplo, dois testemunhos em que a premissa probatória de um testemunho é inconsistente com a premissa probatória de outro testemunho. Mas um dos testemunhos tem como apoio um documento autêntico e o outro testemunho não. Uma vez que o documento autêntico tem força probatória plena e o testemunho é prova sujeita à livre apreciação do juiz, tendo valor de prova bastante, então o juiz deverá manter na rede proposicional o testemunho que é sustentado pela prova documental e afastar o outro, alcançando assim a coerência na rede proposicional¹⁴³. Este é o critério da força probatória.

Agora imaginemos que as provas têm todas a mesma força probatória. Nesse caso, o critério da força probatória já não será adequado à resolução do problema.

Pode ainda acontecer que um meio de prova de força superior não afaste a premissa probatória que resulta de um meio de prova de força inferior. Tudo irá depender dos meios probatórios em confronto, do número de meios de prova que sustentam uma outra premissa e do valor probatório que o juiz irá atribuir às provas livres. Portanto, a decisão sobre qual meio de prova manter, irá depender de critérios qualitativos e quantitativos¹⁴⁴.

Suponhamos agora que o critério supra não resolveu o problema, e a incoerência entre premissas probatórias mantém-se com a agravante de que ambas foram consideradas na rede de

¹⁴² Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 167.

¹⁴³ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 168.

¹⁴⁴ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 168.

proposições utilizada para sustentar a mesma conclusão inferencial, então só podemos concluir que há um erro na apreciação de prova¹⁴⁵.

Haverá erro na apreciação da matéria de facto caso haja incoerência entre proposições factuais, ou entre premissas probatórias e proposições factuais¹⁴⁶, haverá contradição entre os fundamentos e a decisão, portanto, em Processo Civil a decisão jurisprudencial será considerada nula, com base no disposto no artigo 668º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Civil, da qual cabe recurso em matéria cível e matéria penal.

Se ao invés, do que se acabou de dizer, se verificar incoerência entre as proposições factuais e uma conclusão inferencial, haverá erro de direito, sendo a decisão também recorrível quer em matéria penal, quer em matéria cível.

Conhecimento proposicional e da conclusão inferencial

O conhecimento de uma conclusão inferencial depende, em simultâneo, da prova e da coerência com a rede proposicional. Conhecimento proposicional, é o conhecimento de qualquer das proposições que pertencem à rede proposicional, bem como, a conclusão inferencial¹⁴⁷.

Este conhecimento proposicional depende de três condições cumulativas, a condição de verdade, condição de convicção e condição de justificação¹⁴⁸.

Segundo a teoria da convicção verdadeira justificada, o conhecimento, implica concordância entre proposição e o seu objeto, sendo que a concordância deverá ser baseada na racionalidade,

¹⁴⁵ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 168.

¹⁴⁶ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 168.

¹⁴⁷ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 171.

¹⁴⁸ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 172.

“num processo lógico fundado em critérios objetivos que permitam provar e sindicar aquela concordância”¹⁴⁹. Nesta tese, regida pelo raciocínio lógico, as crenças não têm lugar.

Assim, demonstrando logicamente a verdade das proposições então a prova e a coerência proposicional irão justificar a decisão, levando a que ela seja compreendida pelo observador externo, tornando o processo decisório apto a ser reproduzido por terceiros¹⁵⁰.

Como critérios racionais, temos a prova e a coerência proposicional que permitem ao juiz aferir que a conclusão inferencial é verdadeira, não permitindo que esta seja baseada em elementos subjetivos, assim, aqueles critérios irão contribuir para formar a convicção do juiz sob um prisma racional e não subjetivista¹⁵¹.

A nossa legislação exige que a sentença seja fundamentada, embora não postule uma regra de como a fundamentação deve ser feita. Contudo, entendemos tal como CLÁUDIA TRINDADE, que deve ser feito com base num processo objetivo e racional, através das premissas probatórias, que irão implicar proposições factuais, da qual o juiz irá deduzir a conclusão inferencial para alcançar uma decisão jurisprudencial verdadeira.

É certo que, tal como CATRO MENTDES, CALAMANDREI E GUASP, “ a operação mental, como se desenvolve na mente de cada juiz, não pode nunca atravessar uma sucessão de fases nítidas e separadas, porque no pensamento vivo, que se rebela a toda a anatomia, estas sucedem-se e compenetraram-se de modo inconsciente e irregular”¹⁵². Precisamente por estas razões não se pretende que a utilização do silogismo judiciário seja uma regra absoluta e universal¹⁵³.

¹⁴⁹ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 172.

¹⁵⁰ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 172.

¹⁵¹ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 173.

¹⁵² Guasp, Juez y hechos en el proceso civil, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1943, p.84 *apud* Mendes, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, lisboa, 1961, p.206; Calamandrei, La genesi logica della sentenza civile p. 50 e 51 *apud* Mendes, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, lisboa, 1961, p.206.

¹⁵³ Mendes, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, lisboa, 1961, p.206.

Contudo, defendemos que o a atividade cognitiva dos juízes deve reger-se pelo raciocínio lógico que irá reconduzir à decisão jurisprudencial¹⁵⁴.

Posto isto, defendemos que, apenas recorrendo à prova e à coerência proposicional, poderemos estar perante uma decisão jurisprudencial devidamente fundamentada, à luz da nossa legislação nacional. Pois uma decisão que não se apoie na prova e num processo racional lógico-dedutivo, será uma decisão passível de elementos subjetivos e volitivos, na qual dificilmente encontraremos justificação para a decisão do juiz uma vez que não se apoiou nos critérios referidos, passíveis de verificação pelos tribunais superiores, podendo ser declarada a sua nulidade por falta de fundamentação, conforme dispõem os artigos 158º, 653º, n.º 2, 659º n.º 2 e 3, 668º n.º 1 alíneas b) e c) e 712º n.º 3 do Código de Processo Civil.

O tribunal superior irá rever a decisão tomada pelo tribunal *a quo* com base na coerência entre a prova e a rede de proposições e se estas fundamentam a decisão do tribunal *a quo*¹⁵⁵. O tribunal *ad quem* irá fazer uma análise objetiva sobre os pressupostos que devem estar preenchidos a fim de verificar que decisão teve o resultado descrito e não outro.

Poderá haver, da parte do juiz, conhecimento mas não convicção na decisão, porque houve uma prova apresentada em juízo que originou certas premissas probatórias que por sua vez sustentaram determinadas proposições factuais que deduziram determinada conclusão inferencial, contudo, a prova é proibida pelo que o juiz não a pode utilizar em tribunal. As restantes provas legais e admitidas em juízo apontam para a decisão contrária, que é diferente da convicção do juiz, no entanto, o julgador terá de formular a decisão com base nas provas admitidas e legais, apesar da conclusão inferencial daí retirada ser contrária à do juiz. Uma conclusão contrária à prova e à coerência proposicional levaria a uma decisão discricionária de acordo com a vontade do juiz, do seu livre arbítrio¹⁵⁶, em tudo, contrária à minha defesa.

A convicção racional do juiz não pode valer para a justificação da decisão uma vez que a prova que sustenta a sua convicção não foi admitida em juízo, uma vez que não há um critério

¹⁵⁴ Mendes, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, Lisboa, 1961, p.205 e 206.

¹⁵⁵ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 174.

¹⁵⁶ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 174, 175, 176.

racional para fundamentar aquela decisão, pelo que, deverá sempre prevalecer o resultado da prova e do teste da coerência na formação da decisão, sob pena da decisão ser nula por falta de fundamentação, conforme já identificado ¹⁵⁷.

Com isto, podemos afirmar que “a justificação é *condição necessária e suficiente* para uma decisão jurisprudencial, mas a convicção racional do juiz é meramente *eventual*, não legitimando, *per si*, uma decisão”¹⁵⁸.

Livre apreciação de prova

Quanto à livre apreciação de provas há, principalmente, duas teorias utilizadas para a valoração das provas sujeitas a este regime. A probabilidade quantitativa e a probabilidade lógica. Portanto, para que percebam por que adotei a probabilidade lógica, é necessário entender em que consiste cada uma destas teorias.

A teoria da probabilidade quantitativa consiste na determinação do grau de fundamentação que se pode atribuir a uma hipótese quanto à existência de um facto. A teoria mais difundida e defendida nos Estados Unidos é a teoria de BAYES, em que a probabilidade é a medida de incerteza de um fenómeno do qual não se pode afirmar a existência de verdade ou falsidade absoluta¹⁵⁹.

Esta teoria tem ainda duas versões principais, a objetiva e a subjetiva. A objetiva é quando a probabilidade indica fenómenos do mundo real, indicando a frequência com que certo facto acontece dentro de uma classe de fenómenos. É, portanto, uma probabilidade estatística. E a subjetiva é a eventualidade de se verificar ou vir a verificar a existência de determinado facto. O valor quantitativo da probabilidade, nesta versão da teoria, é representado pelo grau em que é possível sustentar a verdade da proposição que se afirma e é determinado através de um cálculo

¹⁵⁷ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 174 e 175.

¹⁵⁸ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 176.

¹⁵⁹ Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, pp 191

que compreende o grau subjetivo de adesão de uma hipótese bem como o grau de aceitação que esta adquire quanto à frequência dos eventos da classe, a que pertence o facto que se pretende conhecer¹⁶⁰.

Com o evoluir do estudo, a teoria bayesiana passa a ser conhecida como um método de cálculo que se baseia na necessidade de valorar a aceitação de uma hipótese quanto ao facto X, em que se estabelece a frequência de X dentro de uma determinada classe de eventos, tendo em conta a distribuição do precedente do X nessa classe e permite atribuir a essa frequência de probabilidade um valor numérico fracionado entre 0 e 1, que representa o grau de convencimento racional sobre X¹⁶¹.

No entanto, na nossa opinião não é a melhor teoria para a resolução da valoração da prova apreciada livremente pelo juiz, desde logo, porque a racionalização não se alcança através de cálculos matemáticos e depois, porque este cálculo torna-se complicado e difícil de dominar quando se pretende aplicá-lo na resolução de situações inferência mais complexas que comportem várias proposições inferenciais, o que leva a que o resultado dependa mais das exigências técnicas do próprio cálculo do que das características do problema concreto, portanto, quanto mais complexo seja, mais necessário é recorrer a suposições, convenções e regras¹⁶².

A nosso ver, é necessário aceitar que não é possível alcançar verdades absolutas. Por essa razão, a probabilidade lógica, quando apoiada em critérios racionais, parece-nos a teoria a utilizar na resolução do problema proposto.

Ora, primeiramente, porque quando estamos perante um processo que raras vezes nos apresenta dados estatísticos que sejam relevantes para determinar a eficácia da prova, o que desde logo, exclui a possibilidade de recorrermos ao cálculo matemático da probabilidade, e isto leva-nos a utilizar o senso comum, presunções e as máximas de experiência na resolução do caso. É verdade que isto não nos dá garantias, pois falamos de conhecimentos que não são quantificáveis, nem sujeitos a cálculos, mas funcionam como critérios de inferência que são capazes de vincular

¹⁶⁰ Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005 pp. 193 e 194

¹⁶¹ Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, pp 195

¹⁶² Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, pp. 196 e 197

os meios de prova ao caso em concreto confirmando-o e atribuindo-lhe determinado grau de apoio indutivo¹⁶³.

A probabilidade lógica, extensamente abordada no presente texto, define-se, resumidamente, pela resolução do problema através do grau de confirmação que os meios de prova conferem ao facto, dando-o como provado ou não provado, através dos elementos de prova fornecidos pelo próprio caso.

No entanto, é necessário limitar a arbitrariedade que está intrínseca à prova livremente apreciada pelo juiz. Para isso o legislador criou mecanismos prévios de controlo, desde logo a admissibilidade dos meios de prova, que pretende evitar erros na valoração de prova, excluindo, no início, as que não são admissíveis, os procedimentos de formação das provas que pretende garantir e as regras da prova legal, que como já vimos, determina o valor de cada prova de modo a excluir a discricionariedade e trazendo alguma racionalidade à valoração da prova¹⁶⁴.

Contudo, estes mecanismos não são suficientes para resolver o problema da arbitrariedade na livre apreciação de prova. Uma vez que aqueles mecanismos não garantem, por si só, a discricionariedade da livre apreciação de prova, é então necessário recorrer a critérios de racionalidade¹⁶⁵.

No capítulo do dever de fundamentação¹⁶⁶, verificamos que uma das formas de controlo da fundamentação da sentença é o autocontrolo, através de uma função endoprocessual e extraprocessual. Contudo, estes critérios de racionalidade também deverão ser utilizados no controlo da livre apreciação de prova, pois a função endoprocessual permite o juiz controlar os fundamentos do seu próprio raciocínio, racionalizando-o. A função extraprocessual permite, ao juiz superior, verificar a validade da sua motivação e dos argumentos apresentados pelo juiz na valoração da prova livre¹⁶⁷.

A ciência empírica tem critérios de racionalidade mais exigentes do que as ciências humanas, no entanto, aplicar esses critérios mais exigentes ao Direito, iria levar a uma

¹⁶³ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 227.

¹⁶⁴ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 420 e 421.

¹⁶⁵ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 420 e 421.

¹⁶⁶ Pág. 66 e seguintes

¹⁶⁷ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 422.

inaplicabilidade do raciocínio jurídico relegando-o à irracionalidade. Por isso é necessário utilizar critério menos exigentes quando se fala em racionalidade no Direito, sendo então utilizado a critério da razoabilidade, como sinónimo de racionalidade¹⁶⁸.

Apesar de, quanto à racionalidade, não ser possível encontrar um conceito absoluto é possível, na valoração da prova livre, identificar critérios razoáveis quanto àquela, porém estes não devem ser vistos como algo completo e taxativo¹⁶⁹.

Um dos critérios é não utilizar conceitos irracionais, como a intuição, inspiração divina ou certeza moral¹⁷⁰. É certo que parece óbvio, contudo ainda existem doutrinas que reconduzem a valoração de prova a este tipo de critérios. Contudo, estes não podem ser aceites, visto se tratarem de critérios irracionais sobre os quais não é possível controlar a motivação do juiz sobre os mesmos.

Outro critério é a utilização de todos os dados empíricos que são fornecidos pelo processo¹⁷¹. É necessário que o juiz tenha em conta todos os meios de prova (dados empíricos) uma vez que estes elementos são objeto de controlo e verificação através de critérios intersubjetivos. A racionalidade verifica-se pelo facto de apenas uma decisão que se fundamente nos meios de prova que existem no processo será racional.

Os esquemas de argumentação, já falados, são outro critério, pois as regras de inferência entre proposições, que relatam os factos, estão aptas a fundamentar a validade racional de todo o raciocínio. Este critério reconhece a natureza inferencial que uma proposição estabelece ou outra, mas este passo apenas é considerado válido se, através das características dos elementos de inferência, a própria inferência for considerada válida. Portanto, um raciocínio é válido se os passos inferenciais que o compõem forem válidos, consequentemente, a valoração será irracional se não for possível estabelecer a validade na relação de inferência entre duas proposições¹⁷².

As máximas de experiência são outro critério, neste caso, de inferência entre dois factos. Como sabemos, não existe uma definição quanto às mesmas, dado que o seu conteúdo, estrutura

¹⁶⁸ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 422 e 423.

¹⁶⁹ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 423.

¹⁷⁰ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 423.

¹⁷¹ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 423.

¹⁷² Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 424.

lógica e significado é diverso de pessoa para pessoa. Portanto, na nossa opinião, não serão todas as regras de máxima e experiência que poderão ser aceites. É necessário que aqui, também haja um critério racional quanto à sua utilização. A nosso ver, apenas deverão ser utilizadas as máximas de experiência que sejam amplamente consensuais no meio onde se inserem¹⁷³.

Portanto, a inferência tem de ter em conta a natureza específica da máxima de experiência utilizada, ou seja, não se pode dar uma inferência como certa quando ela advém de uma máxima de experiência geral, nem inferências cognitivas quando se utilizam máximas de experiência que expressam apenas valorações¹⁷⁴.

Com isto, queremos dizer que será sempre necessário fazer uma análise crítica às máximas de experiência utilizadas e não simplesmente aceitá-las, para que possamos controlar a valoração do juiz quanto à prova livremente apreciada¹⁷⁵.

Quanto às inferências indutivas é comum utilizarmos a probabilidade para determinar o resultado da mesma. No entanto, existem diversos conceitos de probabilidade, pelo que deverá ser utilizado um critério de racionalidade que incida sobre as condições de utilização apropriada do raciocínio probabilístico que não se refira à probabilidade estatística¹⁷⁶.

No que respeita à análise dos diversos meios de prova em conjunto, é necessário utilizar critérios de racionalidade. E essa análise deve recair sobre sistemas lógicos completos que devem cumprir condições mínimas. Desde logo é preciso partir do princípio que poderá haver meios de prova diversos e que cada um deles pode formular inferências diferentes quanto ao mesmo facto¹⁷⁷.

Como condição mínima, a valoração deve considerar todos os elementos de prova que estejam disponíveis e sejam relevantes para a determinação positiva ou negativa do facto, pois não

¹⁷³ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, pp 424 e 425. por exemplo, no nosso ordenamento jurídico não faria sentido utilizar uma máxima de experiência, utilizada no século XX, como aceitar que um homem bata numa mulher, quando hoje é um crime punível por lei, como de resto já vimos acontecer no nosso ordenamento jurídico.

¹⁷⁴ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 424 e 425.

¹⁷⁵ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 424 e 425.

¹⁷⁶ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 425.

¹⁷⁷ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 425.

faria sentido não os ter em conta, muito menos quando possam ser contrários à conclusão que o juiz pretende atingir¹⁷⁸.

A coerência interna é outra condição mínima quanto ao critério racional a utilizar na valoração dos meios de prova, ou seja, o raciocínio jurídico não pode ser contraditório. Haverá contradição quando se considera que a mesma circunstância é ao mesmo tempo verdadeira e falsa ou que o mesmo meio de prova é considerado ao mesmo tempo provado e não provado. Obviamente que isto seria irracional, portanto é um elemento de controlo sobre o raciocínio do juiz para que a prova se mostre devidamente valorada¹⁷⁹.

TARUFFO fala numa condição adicional, que quando se verifica o resultado da valoração das provas em conjunto, não pode haver contradição. É óbvio que as provas não serão todas iguais, também é provável que hajam provas contraditórias, e que a valoração das provas e o efeito do juízo sobre o facto implique a assunção de hipóteses sobre o mesmo que disponham de elementos de confirmação que prevaleçam sobre outras hipóteses diferentes e contrárias. No entanto essa contradição deve-se resolver através da valoração das provas, ou seja, o juiz deve valorar os diversos elementos de prova e resolver os seus contrastes identificando claramente qual a hipótese mais aceitável¹⁸⁰.

Portanto, o contrário seria irracional. Mas também o seria se a valoração que favoreça a hipótese que tenha um grau de confirmação interior ao que foi atribuído por outra hipótese distinta e contrária.

Tudo isto não elimina a discricionariedade do juiz na prova livremente apreciada por ele, no entanto permitem traçar uma distinção entre a discricionariedade absoluta, que não obedece a qualquer critério ou a qualquer controle, e a discricionariedade guiada que obedece a critérios de controlo racionais. Isto converte a livre apreciação de prova numa premissa para o uso racional dos meios de prova.

¹⁷⁸ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 425.

¹⁷⁹ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 425 e 426.

¹⁸⁰ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005, p. 426 e 427.

Prudente convicção do juiz

A prudente convicção do juiz, na visão de LESSONA¹⁸¹, é o resultado probatório das provas sujeitas à livre apreciação de prova, dependente apenas da consciência do juiz, das impressões que irá recolher através do processo mesmo que ele não consiga retirar um sentido racional delas, uma vez que está associado à intuição, portanto, a um sistema irracionalista. Isto queria dizer que, mesmo que todos os motivos apontassem para determinada conclusão, o juiz poderia decidir em sentido contrário, sendo o corolário deste sistema a dispensa de fundamentação da decisão sobre a prova livremente apreciada, uma vez que está sujeita à *voluntas* do juiz.

O artigo 607º n.º 4 do Código de Processo Civil fala em convicção¹⁸² referindo-se aqui à fundamentação enquanto percurso mental do julgador na formação da sua convicção. Já o artigo 653 n.º 2, do Código de Processo Civil, antes da última reforma, referia-se à fundamentação enquanto discurso, que irá constituir um mecanismo de sindicância do juízo probatório. Será o nexó entre estas duas formas de fundamentação que irá permitir avaliar a pertinência da fundamentação.

No âmbito do sistema da prova livre CASTRO MENDES¹⁸³, abre uma distinção quanto à liberdade da convicção do juiz, que se baseia fundamentalmente em saber se os meios probatórios devem ser livremente apreciados pela inteligência do juiz, com todas as suas faculdades cognitivas, ou se devem ser livremente apreciados por todas as faculdades que o juiz dispõe para adquirir o conhecimento e alcançar a realidade. Ou seja, se deve reconduzir a elementos racionais, os quais deverão ser fundamentados também de uma forma racional. Ou se o juiz tem total liberdade em apreciar a prova. O que poderá levar a uma decisão que não seja racionalmente demonstrável por dela constar elementos intuitivos que sejam desprovidos de racionalidade.

Ora, no primeiro caso, cada meio de prova deve ser explorado de forma racional e poderá ser feito de forma independente, ou seja, avaliando cada meio de prova individualmente. Portanto a apreciação das provas em conjunto releva para segundo plano com o objetivo de organizar as conclusões retiradas.

¹⁸¹ Lessona, Trattato, I *apud* Mendes, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, lisboa, 1961, p. 306.

¹⁸² Dias, Marta João, in Julgar n.º 13, 2011 – Fundamentação do juízo probatório – Breves considerações, p. 187.

¹⁸³ Mendes, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, lisboa, 1961, p. 308.

No segundo caso, a apreciação das provas deverá ser feita de forma conjunta, porque é daí que irá resultar a impressão que irá ditar a íntima convicção do juiz.

Se o juiz admite uma demonstração racional dos factos, fará sentido que as mesmas sejam fundamentadas, contudo, se a lei permite que o juiz julgue com total liberdade não fará sentido que exija fundamentação, até porque poderão não ser passíveis de demonstração.

A fundamentação acarreta inegavelmente uma *voluntas* que por vezes não se traduz numa justificação racional ou razoável influenciada pelas intuições, palpites ou arbítrios do juiz, pelo que, poderá traduzir-se em argumentos que não sejam orientados para uma verdade prática. Portanto é esta *voluntas* que faz com que a decisão seja diferente de juiz para juiz, pois as percepções divergem de cada ser humano, influenciada pelas suas convicções.

O discurso que o juiz formula será marcado pelas suas convicções, por isso deverá apenas invocar as causas reais racionais e decisivas que foram relevantes para formar a sua convicção, uma vez que a decisão é a exteriorização disso mesmo, a sua convicção.

Na nossa opinião, a prudente convicção do juiz deverá ser pautada pela racionalidade e ponderação dos fundamentos e da valoração da matéria probatória, uma vez que o juiz nunca irá conseguir desvincular-se das impressões que retirou ao longo do processo e da sua própria intuição, portanto, é precisamente por essas razões que defendemos que a convicção deverá ser não só o percurso mental feito pelo juiz mas, também, um mecanismo de sindicância do juízo probatório, pelo que, os meios probatórios deverão ser livremente apreciados pelo juiz sob uma lógica racional mediante as suas capacidades cognitivas.

Assim, será precisamente a intuição e as impressões do juiz que irão determinar a sua convicção tornando-a numa decisão única, pelo que se torna imprescindível a racional ponderação dos meios probatórios para que o resultado não seja pautado pela arbitrariedade.

Limites à convicção do juiz

A convicção do juiz tem como limite a violação dos princípios que regem a produção de prova, a exclusão de determinados meios de prova e a valoração de factos em que o meio de produção de prova foi infringido, portanto, tudo o que não seja legalmente admissível não poderá releva para a convicção do juiz. No entanto, as partes podem, através de acordos, impor limites à convicção do juiz, através da exclusão de meios de prova, ou através da limitação da prova de um facto a determinado meio de prova. Contrariamente, as partes não podem vincular o juiz a uma forma de avaliação ou valoração da prova, essa será sempre livremente valorada pelo juiz, de acordo com a sua convicção.

Prova enquanto meio de formação da convicção do juiz

Inicialmente vimos que o julgador decidia conforme a sua consciência, pois quanto à matéria de prova a tese que era aceite pela maioria dos autores era de que o resultado probatório tinha natureza psicológica e subjetiva¹⁸⁴, pelo que, o objetivo da prova e do resultado probatório era o próprio convencimento do juiz, que se contrapunha à verdade formal¹⁸⁵. Nesta época, o juiz julgava conforme a sua consciência, sendo ela a bitola da verdade. Mas os tempos evoluíram e o legislador e julgador verificaram que uma decisão à mercê da convicção ou veleidade do juiz, seria uma decisão subjetiva e, portanto, injusta, pelo que se tornou necessário fixar valor aos meios de probatórios.

Atualmente a prova tem outro papel na convicção do juiz, isto é, ela é um instrumento de convicção do juiz. Só existe prova quando ela funcionar como condição da decisão de facto¹⁸⁶, ou seja, quando o juiz estiver convicto de determinado facto mas muda de opinião, não será produzida prova quanto a esse facto porque ele não provocou convencimento no juiz para que possa fundamentar a sua decisão jurisprudencial.

Na nossa opinião, a convicção do juiz apenas deverá ter papel no direito para determinar a produção de prova quanto a certo facto. Nunca deverá ser determinante ou sequer transparecer na

¹⁸⁴ Mendes, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, lisboa, 1961, p. 297.

¹⁸⁵ Mendes, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, lisboa, 1961, p. 299.

¹⁸⁶ Mendes, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, lisboa, 1961, p. 297 a 300.

decisão do juiz. É certo que deverá utilizar as regras de experiência na decisão, porque nem tudo é objetivável e passível de prova, no entanto deverá ser objetiva de acordo com o caso concreto e em consonância com o resultado probatório.

Dever de fundamentação

Diz-se que o limite do princípio da livre convicção¹⁸⁷ é a exigência de fundamentação das decisões do juiz, uma vez que para tal é necessário examinar as provas que formaram a sua convicção de modo crítico e o critério imposto pela lei para valorar a prova, na livre apreciação, são as regras de experiência, portanto são suscetíveis de controle, o que acarreta um limite à livre convicção, por esta se encontrar balizada pelos critérios impostos na lei.

Nos Estados de Direito a Constituição exige que as decisões jurisdicionais sejam fundamentadas¹⁸⁸, portanto fazem parte dos direitos, liberdades e garantias do cidadão, conforme se verifica no artigo 205º da Constituição da República Portuguesa, quer esteja explícito na lei, ou não. Mas para as decisões jus-penais é indispensável que estejam fundamentadas, sob pena de serem inconstitucionais, sendo ainda possível verificar esta exigência no Código de Processo Penal, nos artigos 97º, 374º número 2 e artigo 379º. No que concerne ao Processo Civil, o artigo 154º do Código de Processo Civil é explícito quanto a este dever, sendo que “as decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo são sempre fundamentadas”¹⁸⁹. Contudo, esta fundamentação não pode consistir em uma simples adesão¹⁹⁰ aos fundamentos alegados pelas partes, conforme explícita o n.º 2 do artigo 154º do Código de Processo Civil, ou seja, o artigo 154º do Código de Processo Civil, afasta a fundamentação meramente formal, pois exige que se indique os fundamentos, ainda que estes possam coincidir

¹⁸⁷ Silva, Germano Marques, Curso de Processo Penal II, 4ª Edição, editorial Verbo, 2008, p. 152.

¹⁸⁸ Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, pp.263.

¹⁸⁹ Artigo 154, n.º 1 do Código de Processo Civil.

¹⁹⁰ Lebre de Freitas, Montalvão Machado, Rui Pinto, Código de Processo Civil Anotado, vol. 1º, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 281.

com os fundamentos das partes, mas é sobretudo necessário que o juiz demonstre uma reflexão sobre os mesmos, para que seja considerado que foi cumprido o dever de fundamentação.

De acordo com o artigo 205º da Constituição da República Portuguesa, as decisões de mero expediente¹⁹¹ não pressupõem fundamentação. Isto justifica-se por se tratar de decisões tomadas com o objetivo de dar prosseguimento do processo em que é apenas necessária uma simples ordem do tribunal.

No entanto a fundamentação dos atos decisórios tem três objetivos¹⁹², o primeiro é o cidadão criar uma maior confiança na justiça, o segundo é as autoridades judiciais poderem exercer o autocontrolo, e o terceiro é a possibilidade de defesa da parte através do direito ao recurso.

Relativamente ao primeiro, resulta óbvio que uma decisão bem fundamentada irá facilitar a compreensão do cidadão com o objetivo de ele aderir à decisão proferida pelo juiz.

Quanto ao autocontrolo este manifesta-se a dois níveis diferentes. Por um lado, o dever de fundamentação ajuda o juiz a antever erros judiciais os quais poderão ser evitáveis precisamente através do autocontrolo. Por outro lado, requer a utilização de um critério racional de valoração de prova que irá atuar como garante da apreciação racional da prova. MARTA JOÃO DIAS retira da doutrina italiana uma função endoprocessual¹⁹³, em que a fundamentação obriga o julgador a racionalizar a sua própria decisão o que irá salvaguardá-la de juízos precipitados.

Por último, quando o recurso tem como fundamento o erro na valoração de prova¹⁹⁴ torna-se imprescindível a fundamentação da decisão do juiz quanto à mesma, afim de se verificar, em sede de recurso, do mérito da decisão e se houve ou não erro judicial, tornando-se indispensável para as partes aferirem da oportunidade de impugnação e delimitarem os fundamentos de recurso, bem como, para que o juiz *ad quem* se possa pronunciar quanto à decisão proferida no tribunal *a quo*, sendo, portanto, indispensável o conhecimento dos meios de prova e do processo dedutivo.

¹⁹¹ Almeida, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, Direito Processual Civil, Vol. I Coimbra, Edições Almedina, 2ª Edição, 2018, p. 444.

¹⁹² Silva, Germano Marques da, Curso de Processo Penal II, 4ª Edição, editorial Verbo, 2008, p. 153.

¹⁹³ Dias, Marta João, A fundamentação do Juízo Probatório – Breves Considerações, in Julgar, n.º 13 – 2011, coimbra editora, p. 182. No mesmo sentido, Almeida, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, Direito Processual Civil, Vol. I Coimbra, Edições Almedina, 2ª Edição, 2018, p. 444.

¹⁹⁴ Silva, Germano Marques da, Curso de Processo Penal II, 4ª Edição, editorial Verbo, 2008, pp. 153; Marta João Dias, A fundamentação do Juízo Probatório – Breves Considerações, in Julgar, n.º 13 – 2011, coimbra editora, p. 182.

Assim qualquer decisão¹⁹⁵, em penal ou civil, deverá conter a descrição dos factos, os fundamentos de direito, os meios probatórios, as regras de experiência, a lógica ou a razão que levou a que as provas produzidas julgassem como provados os factos decididos, para que se possa compreender a decisão proferida pelo juiz. Apenas com a junção destes elementos, é possível cumprir os três objetivos supra identificados, a adesão e compreensão da decisão pela população, o autocontrolo das decisões judiciais e o exercício do direito ao recurso. Para tal é necessário constatar os elementos objetivos da prova, por forma a verificar se a decisão respeitou a exigência de prova e assim apurar o fundamento da formação da convicção, ou seja, se o aspeto voluntário da formação da fundamentação se apoiou num raciocínio lógico ou se se apoiou num raciocínio irracional e absurdo¹⁹⁶.

Para PAULO SARAGOÇA DA MATTA¹⁹⁷ a fundamentação das sentenças deve conter o elenco das provas levadas para o processo; deve conter uma análise crítica e racional dos motivos que levaram o juiz a dar maior relevância a determinadas provas, em detrimento de outras; deve conter um encadeamento lógico e racional das provas relevantes e dos factos investigados, o que irá permitir que se verifique a lógica utilizada para dar os factos como provados e não provados; por último, deverá conter a apreciação dos factos considerados assentes à luz do direito vigente.

Defendemos que apenas através dos objetivos enunciados anteriormente é possível garantir uma *tutela judicial efetiva*¹⁹⁸, pois apenas assim se verifica uma garantia acrescida de que a prova juridicamente relevante foi recolhida e produzida de forma correta, e apreciada em consonância com os cânones atendíveis.

Posto isto, basta que apenas um dos objetivos não se mostre concretizado, para que não se cumpra a *tutela judicial efetiva* uma vez que, uma decisão que não seja devidamente fundamentada irá traduzir-se em uma diminuição ou até impossibilidade da sua compreensão perante terceiros. Portanto, a falta total ou parcial de fundamentação gera nulidade da decisão (artigo 379º n.º 1, alínea a) conjugado com o artigo 374º n.º 2 do Código de Processo Penal) a qual não será apelável, uma vez que a decisão não se encontrará devidamente fundamentada, portanto não poderá ser

¹⁹⁵ Silva, Germano Marques da, Curso de Processo Penal II, 4ª Edição, editorial Verbo, 2008, p. 154.

¹⁹⁶ Silva, Germano Marques da, Curso de Processo Penal II, 4ª Edição, editorial Verbo, 2008, p. 154.

¹⁹⁷ Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, p. 265.

¹⁹⁸ Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, p. 265.

completamente compreensível e, até, oponível a terceiros, dado que não existe meia fundamentação, ou seja, estaremos perante um vício inultrapassável.

A própria lei, é demonstrativa do que acima se disse, como se pode verificar no artigo 97º n.º 5 do Código de Processo Penal, onde determina que “os atos decisórios são sempre fundamentados, devendo ser especificados os motivos de facto e de direito da decisão”. E ainda na Constituição, onde o artigo 205º n.º 1 especifica que “as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei”. Tal como estes artigos existem outros, espalhados no Código de Processo Penal que reafirmam a ideia de que a fundamentação das decisões deve ser clara e compreensível, restando à doutrina apenas esclarecer qual o grau de exigência que deverá comportar a fundamentação para que possa ser compatível com o *dever ser*.

Cabe à lei ordinária definir a forma de fundamentação, tornando ilegítima toda a pretensão de excluí-la ou limitá-la, visto se tratar de um dever consagrado na Constituição. Portanto, na minha opinião, a fundamentação da decisão é um dever geral, onde o próprio Código de Processo Civil reforça essa ideia no seu artigo 154º sob a epígrafe “dever de fundamentar a decisão” o qual dita, precisamente, que qualquer decisão proferida é sempre fundamentada. Mas, também, dita como deverá ser feita essa fundamentação, é o caso do artigo 607º n.º 4, do Código de Processo Civil e ainda quais as consequências da não observância desse dever, que no mesmo Código é ditado pelo artigo 662º n.º 1 alínea d) e o n.º 3 determina como deverá ser proceder-se nos casos em que não foi observado o dever de fundamentação. O direito penal, também tem a concretização do dever de fundamentação no n.º 4 do artigo 97º do Código de Processo Penal.

Este dever de fundamentação é mais exigente quanto ao juízo probatório, uma vez que a margem para a discricionariedade do juiz é maior perante as provas livremente apreciadas pelo juiz.

Questão diferente é saber quando se mostra cumprido o dever de fundamentação.

Segundo PAULO SARAGOÇA DA MATTA¹⁹⁹ verifica-se a existência de fundamentação, sempre que da mesma seja possível conhecer as razões do julgador que levaram à decisão tomada. Embora pareça uma tarefa fácil, não é. Pois o juiz é um ser racional dotado de conhecimentos e

¹⁹⁹ Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, p. 267.

aptidões especiais, no que concerne á fundamentação, pelo que, se torna fácil dar a volta às exigências de racionalidade e de lógica, tornando a decisão desprovida de conteúdo proveitoso à causa. No entanto, esta também não será uma decisão normal no seio da judicatura, pois o juiz que o legislador presume é um ser dotado de responsabilidade, capaz de utilizar a sua experiência, conhecimentos e inteligência, para apreciar da melhor maneira o material probatório que dispõe, pelo que apenas um juiz incapaz de descobrir nas entrelinhas dos factos e de retirar dos mesmos uma conclusão, é que seria detentor de uma decisão nula, vazia de matéria útil à causa .

No entanto, PAULO SARAGOÇA DA MATTA refere que o acórdão²⁰⁰ que define o juiz com estas características não admite que o mesmo é um ser humano e como tal é dotado de paixões, enganos, indisposições, limitações, e, portanto, é suscetível ao erro ou à falha inconsciente.

Qualquer juiz sabe que numa decisão judicial condenatória, tem de provar todos os elementos tipo do crime, bem como, dar como provados todos os factos constitutivos desse mesmo tipo de crime, pelo que ao transcrever o raciocínio mental dos factos que deu como provados, segundo a formação da sua convicção, está a justificar a própria decisão.

Poderemos ainda depararmo-nos com decisões desprovidas de fundamentação, dada a ilógica da argumentação, ou a irracionalidade da decisão, e esta poderá estar assente num erro imputável à desatenção do juiz, ou num erro negligente imputável a um sujeito processual.

Assim, afirmamos que apenas a fundamentação permite aos tribunais de recurso exercerem a sua função de fiscalização, constitucionalmente prevista no artigo 32º. Apenas assim, é possível garantir que o princípio da livre apreciação de prova, não foi violado, não padeceu de subjetivismo do juiz, ou da sua injustiça, ou ainda do livre arbítrio camuflado de legalidade e de Direito.

Para tal, cabe ao tribunal de recurso aferir se a decisão recorrida é o produto de uma avaliação correta dos meios de prova, se houve ou não erro na avaliação da credibilidade ou da atendibilidade da fonte do convencimento e se as interpretações e juízos construídos sobre a prova produzida, são compatíveis com os padrões de objetividade e alteridade²⁰¹.

²⁰⁰Acórdão T. Constitucional n.º 197/97 (processo n.º 153/96) *apud* Paulo Saragoça da Matta, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, p.268, nota de rodapé n.º 104, Ac. S.T.J. de 9 de Novembro de 1995.

²⁰¹ Paolo Tonini, *La prova penale*, 3ª Ed., Cedam, Pádua, 1999, p. 29 *apud* Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, p. 270 nota de rodapé n.º 109.

Para MARTA JOÃO DIAS²⁰² a fundamentação tem ainda uma função extraprocessual que assume grande importância na uniformização de jurisprudência, visto que uniformiza os critérios de valoração da prova, no que tange à prova livremente apreciada pelo juiz, contribuindo para tornar as decisões mais racionais. Na nossa opinião, atualmente é fulcral assegurar a unicidade e estabilidade da jurisprudência, daí a importância desta função extraprocessual na uniformização de jurisprudência, dado que, só através da fundamentação é possível utilizar a sentença para casos análogos e estudar a possibilidade de novos modelos de decisão.

A fundamentação não poderá reduzir-se a uma simples adesão do juiz aos fundamentos alegados pelas partes, terá de ir além da adesão exigindo-se que indique as provas levadas ao processo, uma análise crítica a cada um delas demonstrativa da relevância dada pelo juiz, a lógica e a razão utilizadas pelo juiz ao dar os factos como provados e não provados e qual a apreciação utilizada na apreciação dos factos dados como assentes. Apenas assim é possível que a decisão seja objeto de recurso, crie confiança, ao cidadão, na justiça e o juiz possa exercer um autocontrolo sobre a mesma. Estes são os três objetivos da fundamentação e a falta de um destes objetivos gera uma nulidade insanável, pois a decisão não se encontrará totalmente fundamentada.

Embora a Constituição continue a ser o pilar basilar do *dever ser* que é a fundamentação, nas restantes áreas do direito, encontra-se a forma específica como deverá ser feita essa fundamentação. No entanto é à doutrina que cabe esclarecer qual o grau de exigência para se considerar que uma decisão está suficientemente fundamentada. Para mim, a decisão estará suficientemente fundamentada quando da mesma for possível determinar, com clareza e certeza, as razões que levaram o juiz a tomar aquela decisão²⁰³.

O dever de fundamentação é essencial na livre apreciação de prova para garantir que o mesmo não foi violado, portanto, é necessária uma fundamentação correta para que os tribunais de recurso possam fiscalizar e verificar se a decisão recorrida foi produto de uma avaliação correta dos meios de prova. Sendo ainda imprescindível na uniformização de jurisprudência e na utilização em casos análogos.

²⁰² Dias, Marta João, in Julgar n.º 13, 2011 – Fundamentação do juízo probatório – Breves considerações, p. 183 a 193.

²⁰³ Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, p. 267.

Por fim, as decisões de mero expediente não carecem de fundamentação por se tratar de decisões que permitem o regular andamento da causa.

Uma das funções da sentença, é convencer os interessados da decisão tomada pelo juiz. Assim, para que produza esse efeito a sentença tem de ser devidamente fundamentada por forma às partes e, ao publico em geral, perceberem e aceitarem a sentença como justa.

Então como se fundamenta uma sentença quando dela fazem parte provas que estão sujeitas à livre apreciação?

Essa fundamentação, será efetuada com base na convicção do juiz, que se irá apoiar nas regras de lógica e de razão, máximas de experiência e dos conhecimentos técnicos e científicos que irão delimitar e circunscrever os limites da liberdade valorativa da prova²⁰⁴. Ora, não é por este dever de fundamentação e pela utilização destas baías que a decisão do julgador deixa de representar a sua íntima convicção, pois que o mesmo processo, com as mesmas provas, no qual julgue um juiz diferente, poderá, e provavelmente terá uma decisão diferente. Até porque as regras de lógica e razão, as máximas de experiência e os conhecimentos técnicos e científicos, serão diferentes de pessoa para pessoa, assim como de juiz para juiz. Será diferente em razão da idade, sexo, religião, estrato social, todas as experiências e aventuras vividas por cada um, uma vez que tudo isto são fatores que moldam o ser humano. Assim, o mesmo processo, com as mesmas provas, se fosse julgado por dois juízes diferentes, nunca teria uma fundamentação igual, pois ela é profundamente marcada pelas experiências de cada indivíduo que a julgue. O mesmo acontece com a valoração de prova em regime de livre apreciação, uma vez que da mesma prova livremente apreciada, por dois juízes diferentes, poderá resultar na aplicação de valores probatórios diferentes, uma vez que esta aplicação está intimamente ligada à convicção do juiz.

Então, se não existem duas pessoas iguais e assim duas decisões iguais, uma vez que estas dependem da convicção do juiz, que é moldada pela sua vivência, como podemos combater esta diferença e tornar as decisões mais criteriosas, como podemos encontrar *guide lines* que mostrem o caminho a seguir perante determinadas circunstâncias reveladas pelo caso concreto?

²⁰⁴ Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, pp. 254; Almeida, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Vol. I Coimbra, Edições Almedina, 2ª Edição, 2018, p. 109.

Para que se verifique se a utilização destas diretrizes, na fundamentação do juiz, foi respeitada é necessário que a fundamentação seja “clara, suficiente, objetiva e comunicacional”²⁰⁵.

A exigência de motivação tem uma dupla função, uma “pré e pós-judicatória”²⁰⁶, isto é, esta exigência permite que o julgador avalie a sua própria motivação, exercendo assim um autocontrolo sobre a sentença (pré-judicatória). E ainda, que a população em geral e as partes processuais, em específico, possam compreender o raciocínio utilizado pelo juiz, bem como as razões que levaram àquela decisão, tornando possível aferir se a decisão é legítima, razoável e aceitável (pós-judicatória).

Destarte, a livre apreciação de prova e o dever de fundamentação são dois conceitos indissociáveis, pois que, se falhar o dever de fundamentação na livre apreciação de prova estaremos perante uma decisão subjetiva, desprovida das garantias necessárias à objetividade e consequentemente, resultará numa decisão incompreensível porque mal fundamentada e assim, injusta, quer pelas partes controvertidas, quer pelo próprio julgador, quer pela comunidade, portanto uma conceito não vive sem o outro.

O dever de fundamentação das decisões penais, para que garanta a constitucionalidade da livre apreciação de prova, tem de ser bem estruturado e delimitado²⁰⁷, caso contrário ficará ferido de inconstitucionalidade (n.º 1 do art.º 205 da Constituição da República Portuguesa), defendemos que o mesmo pode dizer-se quanto às decisões em matéria cível.

Grande parte da doutrina ocidental admite que existem questões insuscetíveis de justificação no âmbito da apreciação de prova. Ora não podíamos discordar mais desta visão pelo que, tendemos a concordar com PAULO SARAGOÇA DA MATTA²⁰⁸, que se distancia da mesma de forma veemente.

²⁰⁵ Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, p. 254.

²⁰⁶ Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, p. 255.

²⁰⁷ Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, p. 257.

²⁰⁸ Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, p. 257.

Para nós, todas as questões têm de ser justificáveis do ponto de vista lógico e racional, para que possam ser objetiváveis e se verificar o caminho que levou à decisão tomada. Tem de ser justificada, para que a sua justeza e verdade material possam ser escrutinadas.

O juízo de valoração de prova, é a percepção do juiz quanto ao resultado da atividade probatória. Portanto esse juízo tem diferentes níveis de exigência dependendo da fase do processo em que se encontre, do tipo de processo e até do tipo de crime. Todos estes fatores irão determinar o nível de exigência que o juízo de valoração de prova terá de ter, embora os critérios de valoração sejam diferentes. Por isso mesmo, o juízo de valoração de prova deverá pautar-se por manter uma homogeneidade e uma constância de ponderação e comunicabilidade que deve ser sempre elevada.

A questão da imediação de prova, é o primeiro momento em que o juiz tem de justificar a sua decisão pela escolha de um meio de prova, fazendo com que as partes compreendam e adiram à sua decisão, caso contrário corre o risco de o restante processo de valoração de prova ficar viciado.

O segundo momento, traduz-se no processo de dedução e indução realizado com base nos meios de prova, irá basear-se nas *regras da experiência*, ou seja, regras de lógica, princípios de experiência e conhecimentos científicos.

O último momento imperioso do dever de fundamentação, será o da subsunção dos factos ao Direito, para que seja oponível a terceiros a racionalidade do julgador. Assim esta é a fase em que o dever de fundamentação deve ser mais respeitado, dado que este momento tem que ver com a aplicação do direito aos factos.

Para PAULO SARAGOÇA DA MATTA²⁰⁹, o princípio da prova legal determina a favor de uma das partes, conforme a verificação de determinados meios de prova, não restando espaço para a convicção pessoal do julgador tornando-se assim mais confortável para o mesmo uma vez que o desresponsabiliza da decisão tomada.

Contudo, no nosso entender, não só é mais confortável para o julgador, como para as partes e terceiros em geral. Pois o cidadão comum tende a acreditar que a livre apreciação de prova depende mais da apreciação do juiz sobre o sujeito do que sobre as provas, pelo que, não acredita

²⁰⁹ Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, junho 2004, p. 258 (nota de rodapé n.º 86).

com facilidade nas decisões tomadas a mercê da livre apreciação da prova. Têm a ideia que será mais volitiva do que racional, mais subjetiva do que objetiva, sendo mais fácil aceitar uma decisão baseada no princípio da prova legal, do que no princípio da livre apreciação de prova. No entanto, não é possível existir um sistema puro de prova legal, pois há provas que sobre as quais não é possível determinar critérios para a sua valoração de forma tarifada, como é o caso da prova testemunhal e da prova pericial, contrapondo-se à prova por documento autenticado.

Grau de fundamentação – No Código de Processo Civil

Cabe agora saber qual o grau de fundamentação que a Constituição exige.

Existem duas correntes²¹⁰, uma mais rigorosa do que outra no que tange ao grau de fundamentação. A corrente mais exigente defendia que quanto à fundamentação da sentença deveria acrescer ao anterior n.º 3 do artigo 712º do Código de Processo Civil, onde declarava que o julgador devia especificar os meios probatórios, e enunciar das razões que levaram o juiz a decidir naqueles termos, para assim justificar o porquê da escolha do julgador daquele meio probatório de entre os demais, na prova de cada facto.

A jurisprudência dominante, defendia uma visão menos rigorosa, em que a simples indicação dos meios de prova, era suficiente para que se mostrasse cumprido o dever de fundamentação, contudo, este dever foi reforçado com a reforma do Processo Civil de 95/96, no artigo 712º, atual artigo 607º. ALBERTO DOS REIS²¹¹ foi mais longe, defendendo que o julgador deveria analisar criticamente as provas, contudo, a falta de fundamentação não deveria implicar qualquer nulidade.

Esse reforço trazido pela reforma de 95/96, determinou que a exigência de fundamentação²¹² do artigo 712º, atual 607º devia ser vista caso a caso, atento à complexidade do enredo factual e da prova produzida, devendo ser melhor fundamentada quanto aos factos essenciais e menor

²¹⁰ Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio da Nora, Manual de Processo Civil, 2ª Edição, revista e actualizada, Coimbra: Coimbra Editora 1985, p. 654 e 655 e Marta João Dias, in Julgar n.º 13, 2011 – Fundamentação do juízo probatório – Breves considerações, p. 192 e 193.

²¹¹ Reis, Alberto dos, Código de Processo Civil Anotado, vol. IV, 3ª Edição reimp. Coimbra: Coimbra Editora 1987 p. 140 e 141.

²¹² Dias, Marta João, in Julgar n.º 13, 2011 – Fundamentação do juízo probatório – Breves considerações, p. 193.

quanto aos factos instrumentais. A lógica era a de que a exigência de fundamentação seria menor, quando toda a prova apontasse para o mesmo resultado, e maior, quando houvesse meios probatórios contraditórios entre si, para que se compreendesse a escolha do julgador por determinado meio probatório e detrimento de outro.

Assim, o n.º 4 do artigo 607º impõe três exigências²¹³ ao juiz. Ele deve: declarar os factos que considera provados e os factos que considera não provados; analisar criticamente as provas trazidas ao processo; e especificar os fundamentos decisivos à formação da sua convicção.

Debruçando-nos sobre cada uma dessas exigências, verificamos que no que concerne à declaração dos factos que considera provados e não provados esta nova exigência de fundamentação, para além de recair sobre a matéria de facto provada também passa a incidir sobre a matéria de facto dada como não provada, o que corresponde a um verdadeiro dever de fundamentação do julgador, o que levou à ampliação da exigência de fundamentação, contudo, traduz-se num exercício que o juiz já fazia mentalmente, simplesmente não tinha o dever de transpô-lo para a sentença.

Quanto ao analisar criticamente as provas trazidas ao processo, o legislador refere-se a atribuir valor à prova, que é de livre apreciação. Uma vez que se trata de meios de provas em que o valor não está especificado na lei, cabe aqui ao juiz atribuir o valor a cada meio de prova, estabelecendo uma hierarquia de valor entre elas, que será determinante na formação da convicção do juiz. É esta hierarquia que permite e legitima o juiz a decidir com base em determinado meio de prova e não em outro, quando se depara com meios de prova divergentes.

Por último, no que se refere à especificação dos fundamentos decisivos à formação da convicção do juiz, através do dever de análise crítico das provas, verifica-se que aqui o legislador quis impor uma maior exigência na fundamentação do que apenas a enunciação dos meios de prova. Ao especificar os fundamentos decisivos à sua formação e determinar a capacidade ou incapacidade de cada meio de prova, o juiz deverá conseguir estabelecer um nexo entre a sua convicção e as provas. Observou-se que a doutrina que fazia uma interpretação menos rigorosa do dever de fundamentação achava que, quanto à prova testemunhal, não era suficiente a sua mera indicação, era ainda necessário referir a razão do seu conhecimento sobre os factos, se era por

²¹³ Dias, Marta João, in *Julgar* n.º 13, 2011 – Fundamentação do juízo probatório – Breves considerações, p. 194 e 196.

haver uma relação de parentesco, entre as partes, se por ter interesse na causa, ou outra, devendo descreve-los na fundamentação da decisão, caso os mesmos tenham sido importantes na formação da sua convicção.

Existem duas correntes quanto ao grau de exigência de fundamentação. Uma mais rigorosa que pauta pela exigência de especificação de todos os meios probatórios que fazem parte do processo, pela enunciação das razões que levaram o juiz a decidir quanto à força probatória de cada uma delas. E uma menos rigorosa para a qual indicar os meios de provas para que se visse cumprido o dever de fundamentação.

A nossa defesa vai para a última corrente, a mais rigorosa, pois acreditamos que apenas com uma maior exigência de fundamentação é possível verificar que a prova, livremente apreciada, não foi violada, bem como compreender as razões do juiz e aferir a justiça da decisão proferida.

Foi possível aferir que ao longo dos tempos a legislação reconheceu que era necessário aumentar os padrões de exigência da fundamentação das decisões proferidas pelos juízes, tendo decorrido alterações nesse sentido, nos diversos ramos de direito, de forma a cumprir a tutela judicial efetiva.

Verificamos que deverá existir uma maior exigência de fundamentação nos factos que sejam contraditórios entre si, de maneira a tornar clara a escolha do juiz por um facto em detrimento de outro.

Portanto, a evolução do Código de Processo Civil levou à exigência reforçada do n.º 4 do artigo 607º que exige ao juiz a declaração dos factos que julgou provados e os que julgou não provados, a análise crítica das provas e a indicação dos fundamentos decisivos para a formação da sua convicção.

Que verdade atingimos na decisão jurisprudencial?

Cabe agora aferir, a final, que verdade é apresentada na decisão jurisprudencial. A verdade factual apresentada será a mais adequada?

Atento a diversos fatores, entre eles, a circunstância de os factos não serem diretamente percecionados pelo juiz; a representação da realidade através da linguagem ser de carácter pessoal e; o critério que estabelece a verdade ser o da coerência entre proposições, é possível que a conclusão inferencial apresente uma verdade diferente da realidade factual, pois poderá existir outra decisão que seja mais adequada do que aquela que foi proferida pelo juiz, simplesmente, ele não ter conhecimento dessa adequação²¹⁴.

Para o conceito de verdade, segundo CASTRO MENDES²¹⁵ e SAUER²¹⁶, interessa a realidade enquanto prática socialmente cognoscível, bastando, portanto, a probabilidade quantitativa, ou seja, encontrar a maior concordância possível entre proposição e objeto.

Portanto, poderá haver uma decisão mais adequada à realidade factual, do que aquela que foi proferida pelo juiz, uma vez que o ser humano não tem conhecimento de que atingiu a correspondência absoluta entre proposição e realidade. Então, o juízo sobre a realidade factual acaba por ser formado com base numa probabilidade, dando azo a que haja uma margem para erro na decisão tomada pelo juiz. Assim, a verdade torna-se um ideal que se pretende atingir, devendo nortear a atividade jurisdicional, mas nunca será um objetivo atingível²¹⁷, ou pelo menos cognoscível de atingir.

Acreditamos que a verdade absoluta não poderá ser atingível, até porque o que uma pessoa tem como verdade poderá ser diferente para outra, uma vez que é sujeita à interpretação pessoal de cada ser humano, às suas experiências, sociais, económicas, culturais, entre outras. Para além disso, o ser humano, maioria das vezes não tem conhecimento de que atingiu a verdade absoluta. Portanto, a verdade absoluta não poderá ser o objetivo da atividade decisória. O que faz sentido é a “exigência de uma convicção verdadeira justificada da elevada probabilidade de que a prova e a rede de coerência sustentem proposições verdadeiras e de que, por consequência, a hipótese factual

²¹⁴ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 177 e 178.

²¹⁵ Sauer, Allgemeine Prozessrechtslehre, Detmold, 1951, p.105 *apud* Mendes, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, lisboa, 1961, p. 374.

²¹⁶ Sauer, Allgemeine Prozessrechtslehre, Detmold, 1951, p.105 *apud* Mendes, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, lisboa, 1961, p. 374.

²¹⁷ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 178.

reconstruída em juízo corresponda à situação factual real”²¹⁸. Segundo a teoria da verosimilhança preponderante, a ideia de verdade é o valor norteador do processo decisório e a probabilidade elevada é o objetivo da atividade decisória²¹⁹.

A apreciação da prova e a coerência são um meio de demonstração da probabilidade de haver correspondência entre a hipótese factual e a realidade factual, pelo que, o juiz irá avaliar a probabilidade, ou se quisermos, previsibilidade, de o facto ter ocorrido da forma descrita²²⁰, o que acarreta uma margem de erro na decisão tomada pelo juiz, conforme anteriormente estabelecido. Portanto, a probabilidade, no caso da decisão judicial, traduz-se numa maior ou menor correspondência entre a hipótese factual e a realidade factual e o juiz irá formar uma convicção racional sobre essa probabilidade de correspondência, contudo esta probabilidade de correspondência não pode significar que o juiz esteja parcialmente convicto, tem de significar que dada a probabilidade de correspondência entre as duas realidades, o juiz ficou convicto da conclusão inferencial deduzida²²¹.

²¹⁸ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 178.

²¹⁹ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 178 – nota n.º 76.

²²⁰ Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 179.

²²¹ Cláudia Trindade, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Edições Almedina: Coimbra, 2013, p. 179.

Conclusão

Chegado ao final da dissertação cumpre verificar a que conclusões chegámos.

Ora com a presente dissertação percebemos que o princípio mais relevante para a mesma é o da livre apreciação de prova, por que diretamente ligado ao tema, no entanto a liberdade na apreciação de prova não deverá ser visto como algo arbitrário, mas antes como uma liberdade de acordo com um dever, portanto deverá ser reconduzível a critérios objetivos para que possa ser suscetível de controlo pelos tribunais superiores e aceite pelas partes.

É ainda, um princípio intimamente ligado ao princípio da continuidade da audiência, ao princípio da oralidade e ao princípio da imediação de prova. Quanto a este último, verificamos que o discurso direto permite percecionar características do discurso do orador que possibilita alcançar uma probabilidade maior de correspondência com a verdade material do que outras provas que não sejam diretamente percecionadas pelo juiz, portanto, pretende-se que o juiz dê maior prevalência às provas diretamente percecionadas por ele e que sejam mais recentes, por se crerem mais fidedignas.

No entanto percebemos que existem outros princípios que são importantes para perceber o tema e finalmente retirar algumas conclusões.

Entre os diversos princípios, destacamos o princípio do dispositivo que se subdivide no princípio do dispositivo *stricto sensu*, através do qual as partes têm a liberdade de decidir sobre a instrução do processo, o seu objeto, as partes que fazem parte do litígio e do fim do processo. E o princípio da controvérsia no qual a responsabilidade da matéria de facto cabe ao juiz, pois é ele quem irá decidir que factos são determinantes para a formação da sua convicção e para decidir a causa. Portanto, verificamos que logo no início do litígio a convicção do juiz é formada através da matéria de facto que é levada a juízo pelas partes, ou seja, as partes têm um papel influenciador na convicção do juiz logo no início do processo ao escolherem que factos pretendem ver provados.

Como limitação ao princípio do dispositivo temos o princípio do inquisitório, uma vez que o juiz só pode ordenar as diligências necessárias à descoberta da verdade quanto aos factos que lhe seja lícito de conhecer, portanto, aos que foram levados ao processo pelas partes, verificando-se aqui na limitação ao princípio anteriormente indicado.

Posteriormente, abordamos os diferentes conceitos de prova que existem no Direito, tendo verificado que a prova é um elemento intimamente ligado à convicção do juiz, seja enquanto atividade probatória, enquanto resultado desta, enquanto argumento probatório ou enquanto meio de prova. A prova é sempre determinante na formação da convicção do juiz, porque é ao apreciá-la que o juiz irá formar, no seu íntimo, a sua convicção. Mas também ele irá utilizá-la para justificar essa mesma convicção na decisão jurisprudencial.

Vimos ainda o objeto da prova, o objeto principal da prova, os objetos acessórios da prova, os factos não controvertidos, os factos não necessitados de alegação, os factos notórios, os factos de conhecimento funcional, os factos de conhecimento oficioso, a prova direta, a prova indireta, a prova por presunções, as presunções naturais ou judiciais e ainda a prova *prima facie*.

De seguida, vimos a evolução histórica da prova para que fosse possível perceber o caminho até chegarmos à prova legal e à prova livre. Na prova legal, o valor da mesma é fixado pela lei, enquanto que na prova livre, o valor é fixado livremente pelo juiz. Objetivamente, a livre apreciação de prova pressupõe que o juiz interpreta a prova para que possa fixar o seu valor, portanto está ligada ao juiz. Contudo, subjetivamente está ligada às partes porque reflete o comportamento das mesmas, dado que se dirige às partes.

Vimos ainda as conotações de verdade na qual se inclui a verdade subjetiva, a verdade legal ou jurídica, a verdade processual, a verdade formal e a verdade material. Aqui chegamos à conclusão que, para o litígio, o que releva é a verdade material devendo observar-se, ao longo do litígio, a verdade formal. Para lá chegarmos, foi necessário confrontar a teoria do paralelismo de funções e a teoria do dualismo de funções a fim de defender que, no que concerne à verdade material e à verdade formal, deverá verificar-se um dualismo de funções no qual a verdade material é o fim de qualquer processo e o seu resultado prático é a verdade formal, uma vez que deve-se observar o respeito pelas regras jurídicas probatórias.

Abordamos ainda as três teorias, que considerámos mais pertinentes para a compreensão do tema proposto. A teoria em que o julgamento é visto como uma competição desportiva, a teoria das narrativas e a teoria em que a resolução do processo deverá ser feita através da aplicação das leis aos factos concretos. Daqui aderimos à última teoria, uma vez que, na nossa opinião, não faz sentido olhar para o processo como uma competição desportiva desvalorizando por completo o conteúdo da própria decisão final, uma vez que será através do seu conteúdo que será possível

verificara validade e justiça da decisão. Além disso, aderir à narrativa que se mostre mais coerente, não parece uma boa solução, uma vez que embora possa ter uma aparência de coerência, os factos nelas contido podem estar desprovidos de verdade. Portanto, para nós, o modelo que deve ser utilizado é o da aplicação das leis aos factos, pois confere maior confiança no sistema jurídico, visto que é a única forma de verificar se a decisão é verdadeira e justa.

Para que a decisão não seja totalmente arbitrária, no que concerne à livre apreciação de prova, vimos que o juiz deve recorrer a uma teoria a fim de verificar a verdade. Existem, pois, duas teorias possíveis, a da correspondência e a da coerência proposicional.

Para nós, deverá aferir-se caso a caso que teoria utilizar dependendo das situações específicas, ou seja, quando o juiz está perante uma situação em que é possível este percecionar a prova de forma direta e portanto aferir a realidade também de forma direta, a teoria a utilizar, como critério de verdade, deverá ser a teoria da correspondência entre proposição e realidade, uma vez que o juiz consegue percecioná-los de forma imediata através dos sentidos não sendo então necessário utilizar proposições para os traduzir existindo, portanto, uma relação causal entre a existência do facto e a sensação vivenciada pelo juiz.

Nas situações em que a factualidade é expressa através de proposições complexas e o juiz não consegue percecionar de forma direta a factualidade, portanto não será possível ter um conhecimento total da mesma, o juiz deverá utilizar a teoria da coerência com outras proposições e a coerência entre duas proposições deverá ser aferida através da implicação entre as proposições, ou seja, para que sejam coerentes a segunda proposição deverá implicar a primeira e a terceira deverá implicar a segunda e assim sucessivamente. Portanto, as premissas probatórias têm de dar apoio explicativo ou interpretativo às proposições factuais. E para se chegar à conclusão inferencial, ela tem de ser coerente com um conjunto de proposições factuais, ou seja, tem de ser implicada por elas, portanto de um conjunto de proposições factuais só pode resultar uma conclusão inferencial.

Portanto, primeiro temos as premissas probatórias que serão o resultado da atividade probatória, depois temos as proposições factuais que descrevem os factos e a causa de pedir e por fim, o juiz irá retirar uma conclusão inferencial através das premissas e das proposições, portanto estas duas têm de ter uma relação de lógica consistente para que, aplicado o grau mais exigente de coerência, não produza uma situação *non liquet*.

Posteriormente, dedicamos um capítulo à livre apreciação de prova, no qual falamos nos dois modelos principais, a probabilidade quantitativa e a probabilidade lógica, mais concretamente a teoria de Bayes, no qual verificamos em que consiste cada um.

Vimos ainda que ao adotarmos a probabilidade lógica como resolução do problema da livre apreciação de prova, é necessário recorrer a critérios racionais de forma a verificar se a valoração foi racional e nesse caso todos os critérios terão sido cumpridos, ou se a valoração foi irracional, logo, não cumpriu os referidos critérios. Apenas assim, é possível controlar a valoração de prova livremente apreciada pelo juiz de forma à mesma não se tornar discricionária, à mercê de apenas as suas íntimas convicções, mas sim apoiada em critérios controláveis pelas partes e pelos tribunais superiores.

De seguida abordámos a prudente convicção do juiz como sendo o resultado das provas livremente apreciadas pelo juiz, pelo que o resultado obtido estará tolhido das impressões recolhidas ao longo do processo, bem como da intuição do juiz. Pelo que, o juiz não deverá ter total liberdade na apreciação de prova, deverá antes recorrer a elementos racionais e fundamentá-los de forma racional. No entanto, toda a decisão terá a convicção pessoal do juiz, pelo que será diferente dependendo de quem está a decidir, pelo que o juiz deverá invocar todas as causas que foram relevantes para a decisão. Foi ainda possível percebermos que a prova é um fator determinante na formação da convicção do juiz.

Posteriormente versámos sobre o dever de fundamentação e percebemos que a Constituição consagra o dever de fundamentação, mas é a lei ordinária de define como deverá ser cumprida essa fundamentação. Não obstante, a fundamentação deve cumprir três objetivos, ou seja, deve ser um instrumento que permita o cidadão a aderir e a compreender a decisão, deve ser um meio de exercício de autocontrolo e por último, deve possibilitar as partes a exercerem o seu direito ao recurso. Para que se verifique o cumprimento dos três objetivos, é necessário que a sentença seja objetivável pelo que deverá conter a descrição dos factos, os fundamentos de direitos, os meios de probatórios, as regras de experiência, a lógica ou a razão que levou a que as provas produzidas levassem a julgar os factos como provados.

Quanto à fundamentação, também verificámos o grau de fundamentação que uma decisão deverá ter, verificámos que as alterações dos códigos previram uma exigência maior para a fundamentação das decisões jurisprudenciais.

Com tudo isto o que pretendemos, é perceber se num litígio em que predomine a prova livremente apreciada pelo juiz, a decisão que iremos atingir será uma decisão subjetiva e intrinsecamente conotada pelas convicções pessoais do juiz e as suas vivências ou se a livre apreciação de prova pode ser objetiva.

O legislador tem feito um caminho para que a livre apreciação de prova possa ter alguma objetividade e seja aceite pela população bem como, para que seja objeto de recurso. Para tal, existem mecanismos que o juiz deve utilizar para que, exercendo o autocontrolo, a decisão não seja subjetiva, como é o caso da teoria da coerência e da correspondência que pretende atribuir alguma racionalidade à prova livremente apreciada pelo juiz.

Posto tudo isto, verificámos que é difícil que, numa decisão maioritariamente sujeita à prova livremente apreciada pelo juiz, ela não seja subjetiva, precisamente porque será sempre marcada pela experiência individual daquele juiz em concreto e, portanto, outro poderia ter uma visão diferente sobre o litígio. Contudo a decisão é objetivável, dado que o juiz tem de fundamentar a sua decisão e as suas escolhas, descrevendo os factos os fundamentos de direito, os meios probatórios, as regras de experiência utilizadas, a lógica ou a razão pela qual aquelas provas deram pro provados e não provados os factos, portanto é possível verificar se a decisão do juiz foi influenciada ao longo do processo ou resultou numa decisão objetiva e para isso as partes podem fazer-se valer do seu direito ao recurso.

Bibliografia

- Almeida, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, Direito Processual Civil, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, 2018;
- Andrade, Manuel A. Domingues de, Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 1979;
- Antunes Varela Miguel Bezerra e Sampaio da Nora, Manual de Processo Civil, 2ª Edição, revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora 1985;
- Carrata, Antonio, Prova e Convincimento del Giudice nel Processo Civile, Rivista di Diritto processuale, I Cedam, Milani, 2003;
- Castro, Artur Anselmo de, Direito Processual Civil Declaratório, vol. III, Coimbra, Livraria Almedina 1982;
- Dias, Jorge de Figueiredo, Direito processual penal, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;
- Dias, Marta, A fundamentação do Juízo Probatório – Breves Considerações, *in* Julgar, n.º 13 – 2011, Coimbra Editora;
- Ferreira, José Dias, Novíssima reforma Judiciária, anotada, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1892;
- Freitas, José Lebre de, Introdução ao Processo Civil, 3ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013;
- Gouveia, Mariana França, *O princípio do dispositivo e a alegação de factos em Processo Civil*, *in* <http://www.oa.pt/upl/%7Bede93150-b3ab-4e3d-baa3-34dd7e85a6ef%7D.pdf>, consultado em 10/2019;
- James Young, The Coherence Theory of Truth, 1996, disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence> consultado em 10/2019;
- Lebre de Freitas, Montalvão Machado, Rui Pinto, Código de Processo Civil Anotado, vol. 1º, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;
- Marinoni, Luiz guilherme e Arenhart, Sérgio Cruz, Prova e Convicção, 4ª Edição. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2018;

- Matta, Paulo Saragoça da, “Livre apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, Junho, 2004;
- Mendes, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, Lisboa, Edições Ática, 1961;
- Ramos, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, in *O Direito* 146º (2014), III;
- Reis, Alberto dos, Código de Processo Civil Anotado, vol. IV, 3ª Edição reimpressa. Coimbra: Coimbra Editora, 1987;
- Silva, Germano Marques da, Curso de Processo Penal II, 4ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 2008;
- Sousa, Miguel Teixeira de, As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa, LEX, Lisboa, 1995;
- Sousa, Miguel Teixeira de, “A livre apreciação da prova em processo civil” in *Scientia Iuridica*, tomo XXXIII, ano 1984;
- Taruffo, Michele *Verità e prova nel processo*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile, fasc.4,1, Dicembre 2018, pag. 1305, disponível em https://dejure.it/#/ricerca/dottrine_documento?idDatabank=13&idDocMaster=7759950&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&docIdx=4&semantica=0&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false consultado em 04/2020;
- Taruffo, Michele, La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali, Milano, Giuffrè, 1992 VII;
- Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. - 4 ed.. - Madrid : Editorial Trotta, 2005;
- Taruffo, Michele, *La verità nel processo*, Riv. trim. dir. proc. civ., fasc.4, 2012, pag, 1117, disponível em https://dejure.it/#/ricerca/dottrine_documento?idDatabank=13&idDocMaster=3673416&idUnitadoc=0&nVigUnitadoc=1&docIdx=16&semantica=0&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false, consultado em 04/2020.

- Trindade, Cláudia, Prova, justificação e convicção racional – A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos Europeus, Direito Privado, Direito Público e Vária, Vol III, Coimbra, Edições Almedina, 2013;
- Vecchio, Giorgio del, A verdade na moral e no direito, trad. Dr. Francisco José Veloso, Braga, Livraria Cruz, 1950,
- Young, James, The Coherence Theory of Truth, 1996, disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/truth-coherence> consultado em 10/2019.

Índice

Resumo.....	2
Abstract.....	3
Introdução	5 a 6
Princípios estruturantes da prova.....	7 a 16
• Princípio do dispositivo.....	7 a 9
• Princípio do inquisitório.....	9 e 11
• Princípio da livre apreciação de prova.....	11 a 14
• Princípio da imediação de prova.....	14 e 16
Conceitos de prova.....	16 a 17
Objeto da prova.....	17 a 19
Prova legal e Prova livre.....	19 a 27
• Introdução histórica.....	19 a 24
• Prova livre.....	24 a 27
• Prova legal.....	27
Conotações de verdade.....	27 a 33
Valor probatório dos meios de prova, das proposições factuais e da rede proposicional.....	33 a 36
Teorias do processo.....	36 a 39
Como se realiza o processo decisório do juiz pra determinar a decisão.....	39 a 57
• Teoria da coerência e Teoria da correspondência.....	39 a 57
➤ Verdade proposicional, qual o critério a seguir: correspondência ou coerência?.....	39 a 40
Teoria da correspondência.....	40 a 42
Teoria da coerência.....	42 a 57
➤ Coerência – no contexto do presente estudo.....	45 a 46
➤ A relação de coerência entre duas premissas probatórias.....	46 a 48
➤ Coerência narrativa – factos passados.....	48 a 49
➤ Coerência entre proposições – como aferir.....	50 a 52
➤ Rede proposicional - caso de maior complexidade de premissas probatórias.....	52 a 55
➤ Conhecimento proposicional de uma conclusão inferencial.....	55 a 57
Livre apreciação de prova - posição adotada.....	58 a 63
Prudente convicção do Juiz.....	63 a 65
Limites da Convicção do Juiz.....	65 a 66
Prova enquanto meio de formação da convicção do juiz.....	66 a 67
Dever de fundamentação.....	67 a 76
Grau de fundamentação - no Código de Processo Civil.....	76 a 78
Que verdade atingimos na decisão jurisprudencial?.....	78 a 80
Conclusão.....	81 a 85
Bibliografia.....	86 a 88
Índice.....	89